

Straffegjennomføringsloven § 37 om forebyggende isolasjon

**Gjeldende rett og rettspolitisk vurdering med særlig
vekt på rettslige skranker for kriminalomsorgens
anvendelse av bestemmelsen**

Kandidatnummer: 569

Leveringsfrist: 25.04.2008

Til sammen 17050 ord

25.04.2008

Innholdsfortegnelse

1	<u>INNLEDNING</u>	1
1.1	Bakgrunn	1
1.2	Tema og rettsområde	1
1.3	Problemstilling	2
1.4	Terminologi og definisjoner	4
1.5	Avgrensninger	5
1.6	Rettskilder og metode	6
1.7	Oppgavens videre fremstilling	7
2	<u>FORVALTNINGENS SKJØNNSUTØVELSE</u>	7
2.1	Innledning	7
2.1.1	Vilkårlighet	8
2.1.2	Urimelige avgjørelser	8
2.1.3	Usaklig forskjellsbehandling	8
2.1.4	Uforholdsmessighet	9
2.2	Domstolenes kontroll med forvaltningen	9
3	<u>STRAFFEGJENNOMFØRINGSLOVENS FORMÅL</u>	10
3.1	Innledning	10
3.2	Formålsbestemmelsen i Strgfjfl., § 2 og forskriften § 1-2	12

3.3	Setter formålsbestemmelsen i strgf. § 2 begrensninger for fengslenes bruk av strgf.	16
§ 37?		16

4 REGELEN OM UTELUKKELSE SOM FOREBYGGENDE TILTAK I STRAFFEGJENNOMFØRINGSLOVEN § 37 16

4.1	Innledning	16
4.2	Gjengivelse av ordlyden i § 37	17
4.2.1	Gjengivelse av ordlyden i forskrift § 3-35	18
4.2.2	Retningslinjene vedrørende forebyggende isolasjon (pkt. 3.40)	19
4.2.3	Første ledd	19
4.2.4	Annet ledd	28
4.2.5	Tredje ledd	29
4.2.6	Fjerde ledd	29
4.2.7	Femte ledd	31
4.2.8	Sjette ledd	31
4.2.9	Syvende ledd	32
4.2.10	Åttende ledd	33
4.2.11	Niende ledd	35
4.3	Setter lovteksten i straffegjennomføringsloven § 37 skranker for anvendelsen av isolasjon som et forebyggende tiltak	35

5 UTTALELSE FRA SIVILOMBUDSMANNEN 37

5.1	Innledning	37
5.2	Vedtak av 10. februar	38
5.3	Vedtak av 16. februar	40
5.4	Hva viser vedtakene om straffegjennomføringsloven § 37	41

6 FORVALTNINGSPRAKSIS 41

6.1	Innledning	41
7	<u>EMK ART. 3: FORBUD MOT TORTUR OG UMENNESKELIG ELLER NEDVERDIGENDE BEHANDLING</u>	42
7.1	Innledning	42
7.2	Menneskerettighetskommisjonen / domstolen	43
7.2.1	Innledning	43
7.2.2	Ensslin, Baader og Raspe v. Tyskland	43
7.2.3	Kröcher and Möller v. Switzerland	44
7.2.4	Messina mot Italia	45
7.2.5	Öcalan mot Tyrkia	45
7.2.6	Rasch mot Danmark	46
7.2.7	Dhoest mot Belgia og Koskinen mot Finland	46
7.3	Setter EMK art. 3 skranker for anvendelsen av straffegjennomføringsloven § 37	46
8	<u>FNS TORTURKONVENSJON OG DEN EUROPEISKE TORTURKONVENSJON</u>	48
8.1	Innledning	48
8.2	Legger CPT den samme terskelen til grunn som EMD angående hva som er umenneskelig behandling etter EMK art. 3	49
8.2.1	Innledning	49
8.2.2	<i>Messina mot Italia</i>	49
8.2.3	<i>Aerts mot Belgia</i>	50
8.2.4	Grunnlaget for forskjellene mellom EMD og CPT	51
8.3	CPTs siste besøk i Norge	51
8.3.1	CPT rapport fra 2005	51
8.3.2	Ringerike fengsel	52
8.3.3	Trondheim fengsel	52
8.3.4	Norges respons til Komiteen	52
8.4	FN-komiteéns siste besøk i Norge	53

8.5	Kan komitéuttalelsene sette skranker for strgfl. § 37	53
9	<u>RETTSPOLITISK VURDERING</u>	54
9.1	Innledning	54
9.2	Informasjon og statistikk	54
9.3	Er utstrakt bruk av strgfl. § 37 litra e) problematisk	56
9.4	Straffegjennomføringsloven §§ 37 og 40 sett i sammenheng med Fongselslovens § 2657	
9.5	Avsluttende betraktning	58
10	<u>REGISTER OVER DOMMER AV DEN EUROPEISKE MENNESKERETTIGHETSKOMMISJON OG EMD</u>	60
11	<u>LITTERATURLISTE</u>	60
12	<u>VEDLEGG</u>	61

1 Innledning

1.1 Bakgrunn

Frihetsberøvelse i form av fengsel regnes som den strafferettslige reaksjonen som er mest inngripende overfor et menneske.¹ Å bli isolert fra de andre fangene, er et ytterligere inngrep.

I løpet av et år som medarbeider i fengselsgruppen på Juss-Buss, møtte jeg mange innsatte som hadde hatt negative opplevelser med forskjellige isolasjonsmetoder i fengslene.

I denne oppgaven retter jeg fokus mot isolasjon brukt som forebyggende tiltak hjemlet i straffegjennomføringsloven § 37. Det er min oppfatning at dette isolasjonsgrunnlaget, til forskjell fra f. eks. isolasjon under varetekt,² i mindre grad er gjenstand for diskusjon. Dette gjelder for debatten både i allmennheten og i det juridiske miljøet.

1.2 Tema og rettsområde

Denne oppgaven omhandler straffegjennomføringsloven (strgjfl.) § 37. Denne bestemmelsen gir fengslene, i forebyggende øyemed, hjemmel til å isolere innsatte fra fellesskapet i større eller mindre grad.

Straffegjennomføring hører inn under Spesiell forvaltningsrett. Forvaltningsretten regulerer det offentlige rettsgrunnlag til å gripe inn overfor borgerne. Mens den alminnelige forvaltningsretten inneholder det som er felles for all forvaltningsvirksomhet, og blir blant annet regulert av forvaltningsloven av 10. februar 1967, gir den spesielle forvaltningsretten

¹ NOU 1988: 37 Ny fengselslov, s. 28

² Strgjfl. § 37 får anvendelse for personer som sitter i varetekt, men siden straffeprosessloven § 186 a hjemler en utstrakt bruk av isolasjon under varetekt blir det sjelden aktuelt med bruk av strgjfl. § 37.

supplerende regler for enkelte områder av forvaltningen.³ Straffegjennomføringsloven av 18.mai 2001 gir rettsgrunnlaget for inngripen overfor de som er dømt til å gjennomføre straff, jfr. § 1.

1.3 Problemstilling

Strgjfl. gir kriminalomsorgen stor handlefrihet gjennom bestemmelser som gjør at beslutningstakeren må treffe skjønnsavgjørelser. I straffegjennomføringsretten er dette ansett å være en nødvendig fordi man skal – i den grad det er mulig - kunne tilpasse soningsforløpet til den enkelte fange.⁴

Fellesskap mellom fangene er i dag hovedregelen i fengslene, det hjemles i straffegjennomføringsloven § 17. Unntak fra § 17 må begrunnes, og § 37 er et av de lovfestede unntakene.⁵

Det sees på som nødvendig at fengselet har mulighet til å kunne fjerne enkelte innsatte fra fellesskapsordningen. Justisdepartementet (Jd) uttaler at det i akutte situasjoner med fare for liv og helse er nødvendig å kunne utelukke en eller flere innsatte. Dette gjelder også i akutte situasjoner som innsatte ikke kan lastes for.⁶

Man har i norsk straffegjennomføring alltid hatt adgang til å isolere innsatte, men hjemmelsgrunnlaget har vært forskjellig. Da straffegjennomføringsloven avløste fengselsloven i 2001, ble adgangen til å isolere innsatte på et forebyggende grunnlag hjemlet direkte i loven i stedet for i fengselsreglementet tilhørende Fengselsloven. Fengselslovutvalget uttalte at den daværende adgangen til isolasjon syntes for vid og skjønnsmessig, og at en uttømmende lovfesting ville være en bedre løsning. Utvalget mente

³ Eckhoff / Smith: *Forvaltningsrett*, 7. utgave, 2003, s. 8-9.

⁴ Ot.prp. nr. 5 (2000-2001) Om lov om straffegjennomføring mv. (straffegjennomføringsloven) s. 13.

⁵ Ibid s. 68.

⁶ Ibid s. 102

også at forebyggende isolasjon bare burde iverksettes for en kortere periode.⁷ Om endringen i form av lovfesting har styrket de innsattes rettigheter, er et interessant spørsmål, men dette går jeg ikke inn på.

Strgjfl. § 37 har en ordlyd som gir fengslene en meget vid adgang til å iverksette isolasjon hvis de finner det nødvendig i forebyggende øyemed. I tillegg til at bestemmelsen lister opp konkrete situasjoner som vilkår for utelukkelse, f. eks selvskading eller fare for andre innsatte, har fengselet i § 37, 1. ledd litra e) en adgang til å utelukke med grunnlag i hensynet til ro, orden og sikkerhet. Dette er et hensyn som går gjennom straffegjennomføringsloven som en rød tråd, og som gir fengselet adgang til å iverksette utelukkelse i de fleste situasjoner hvis de mener det kan motvirke opprettholdelsen av nettopp ro, orden og sikkerhet.

Jd bekrefter i forarbeidene at hjemmelen er vid, men trekker fram at fengslene har rapporteringsplikt ved langvarige utelukkelse, og regionenes og Kriminalomsorgens sentrale forvaltning⁸ har mulighet til å overprøve vedtak. Dette var også Jds svar til de høringsinstansene som påpekte at maksimumsgrensen på ett år for utelukkelse etter § 37 var svært lang. Regjeringsadvokaten var blant disse. Justisdepartementet mente at denne grensen ikke ville være problematisk nettopp på grunn av rapporteringsplikten og omgjøringsadgangen.⁹

Isolasjon som forebyggende tiltak er et av de mest alvorlige inngrepene strgjfl. hjemler. Fengselslovutvalget uttrykte det slik: ” ... bruk av enerom må oppfattes som et av de mest inngripende tiltak overfor fangene.” Videre uttaler utvalget seg om anvendelsesområdet til strgjfl. § 37 spesielt: ” Når det gjelder bruk av enrom som forebyggende tiltak, er

⁷ Fengselslovutvalget i NOU 1988: 37, Om lov om gjennomføring av straff mv. (straffegjennomføringsloven) side 73.

⁸ Kriminalomsorgen er delt inn i Kriminalomsorgens sentrale forvaltning (KSF), regionalt nivå og lokalt nivå. KSF har det øverste ansvaret for den faglige og administrative ledelsen av kriminalomsorgen, og er en del av Kriminalomsorgsavdelingen i JustisJd. Under KSF er det seks regioner som har fordelt fengslene geografisk mellom seg, og hver ledes av en regiondirektør. Lokalt nivå består av samtlige fengsler. Jfr. strgjfl. § 5.

⁹ Ot. prp. nr. 5 s. 103.

imidlertid dette et så inngripende virkemiddel at det bare må tillates anvendt når det anses nødvendig og andre midler åpenbart ikke vil være tilstrekkelige.” I forhold til utforming av hjemmelen skriver utvalget: ” Videre bør det oppstilles presise materielle vilkår...”¹⁰

Lovteksten i § 37 har en utforming som gir fengslene mange alternative vilkår for isolasjon. Noen av alternativene er mer presise enn andre, og det vil bli redegjort for bestemmelsens enkelte ledd senere i oppgaven, men bestemmelsen i sin helhet synes ut fra ordlyden å legge få reelle begrensninger på fengselets adgang til å isolere innsatte. Utelukkelsen skal ha et forebyggende formål, som i utgangspunktet legger en begrensning for anvendelsesområdet. Siden det i vilkåret *forebyggende* ligger et prediksjonselement som i stor grad bygger på skjønnsmessige vurderinger, synes ikke dette å innskrenke bestemmelsen.

I et rettsikkerhetsperspektiv er det viktig å kartlegge skrankene for adgangen til et så omfattende inngrep som isolasjon i medhold av strgjfl. § 37. Det vil da være naturlig å se om hjemmelen er i overensstemmelse med bestemmelser og prinsipper som i trinnhøyde befinner seg over strgjfl., og hvilke rettslige grunnlag som kan sette begrensninger for omfanget av hjemmelens anvendelsesområde.

Opgavens problemstilling blir med dette først å finne gjeldende rett etter strgjfl. § 37, herunder å undersøke hvilke rettslige skranker det er for bruken av strgjfl. § 37 utover dens ordlyd, for deretter å foreta en rettspolitisk vurdering.

1.4 Terminologi og definisjoner

I forarbeidene til straffegjennomføringsloven blir forholdet til menneskerettighetene kommentert.¹¹ Den Europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 3. om umenneskelig behandling setter begrensninger for bruken av *isolasjon*, som Jd beskriver som fulldøgns

¹⁰ NOU 1988: 37 Ny fengselslov, s. 72-73.

¹¹ Ot.prp. nr. 5 s. 15-16.

enerom. I neste avsnitt står det videre at bruken av *isolasjon* skal begrenses til de tilfellene hvor det er absolutt nødvendig, som for eksempel som forebyggende tiltak etter § 37. Straffegjennomføringsloven § 37 bruker i likhet med de andre hjemmelsgrunnlagene for isolasjon, begrepet *utelukkelse* fra fellesskapet. Av dette forstår jeg at isolasjon og hel utelukkelse har samme meningsinnhold, og kan brukes vekselvis. § 37 skiller mellom hel og delvis utelukkelse.

Hel utelukkelse vil si at den innsatte oppholder seg mellom 22-23 timer på cellen. Det følger av strgf. § 22 at innsatte så langt det er mulig skal få oppholde seg en time i friluft hver dag. Delvis utelukkelse vil si at den innsatte arbeider eller går på skole, eller deltar i fritidsfellesskapet med de andre innsatte, men ikke begge deler.

Jeg har så langt skrevet isolasjon fremfor utelukkelse, fordi jeg mener dette betegner alvorlighetsgraden av tiltaket bedre.¹² I det videre vil jeg benytte begge betegnelsene, hovedsaklig for variasjonens del. I straffegjennomføringsloven brukes begrepet innsatt om de som gjennomfører straff i fengsel. Jeg velger å bruke innsatt og fange vekselvis. Jeg gjør dette for variasjonens skyld, og fordi jeg mener begrepet fange i likhet med isolasjon gir et riktigere bilde av de faktiske forhold.¹³

1.5 Avgrensninger

Bruk av isolasjon i norske fengsler har hjemmel i flere bestemmelser, hvorav de fleste finnes i straffegjennomføringsloven. Strgf. § 17, som setter fellesskap som hovedregel, har en uttømmende oppramsing av unntakene som følger av loven. Bestemmelsene om isolasjon blir begrunnet enten for å avverge/hindre, for å forebygge eller som reaksjon på en handling.

¹² Christie, Nils: *Pinens begrensninger*, 1982 s. 16-17.

¹³ Eskeland, Ståle: *Fangerett*, 1989, s. 27-28.

I den videre fremstillingen vil jeg ikke drøfte strgf. §§ 29 annet ledd, 38, 39 og 40. Straffeprosessloven § 186 a som hjemler isolasjon under varetekt, forfølges heller ikke. Av plasshensyn må jeg også avgrense meg fra å gi en historisk redegjørelse for bruken av isolasjon i norsk fengselsvesen.

1.6 Rettskilder og metode

Oppgaven har en deskriptiv innfallsvinkel og jeg benytter tradisjonell juridisk metode.¹⁴ Jeg redegjør ikke nærmere for denne metoden, men jeg kommenterer underveis der oppgaven avviker fra det tradisjonelle utgangspunktet. Avslutningsvis gir jeg en mindre rettspolitisk vurdering.

Høyesterettspraksis vil ikke bli mye brukt i denne oppgaven. Det har sin naturlige forklaring, fordi fangerettslige spørsmål blir lite prøvd i domstolene. Jeg har i forhold til oppgavens problemstilling ikke funnet en høyesterettsdom eller underrettsdom som belyser temaet.

Reelle hensyn er en viktig rettskildefaktor som kan romme mye. Det er en rettslig vurdering av resultatets godhet, og med det menes hva som kan anses som rimelig og rettferdig. I en oppgave som drøfter problemstillinger rundt frihetsberøvelse, og ytterligere inngrep innenfor denne rammen, vil mange hensyn kunne spille inn. Blant annet hensynet til rettssikkerhet som av Eckhoff blir kalt et hensyn med juridisk særpreg.¹⁵ Med det menes at det er et hensyn som har allmenn aksept i befolkning, og ikke er gjenstand for politisk diskurs.

Rettsikkerhet er et populært begrep, og blir ofte brukt uten at innholdet presiseres nærmere. Beskyttelse mot overgrep fra myndighetens side, forutberegnelighet og mulighet til kontradiksjon er relevante momenter.

¹⁴ I samsvar med metodelæren hos Eckhoff, Torstein: *Rettskildelære*, 5. utg. ved Jan Helgesen 2001.

¹⁵ Eckhoff, *op.cit.* s. 395.

Det er få bidrag om fangerettslige spørsmål i juridisk teori. Ståle Eskeland, som lenge har vært engasjert i temaet, har blant annet skrevet boken ”*Fangerett, en studie av rettsikkerhet ved fullbyrdelse av fengselsstraff*” (1989). I 2001 skrev han en artikkel om straffegjennomføringsloven av 2001 som avløste fengselsloven av 1958. I 2003 ble det skrevet en innføringsbok om den nye straffegjennomføringsloven av jurist Birgitte Langset Storvik, ”Straffegjennomføring etter lov av 18. mai 2001 nr. 21.”

1.7 Oppgavens videre fremstilling

I kap. 2 redegjøres det for sentrale forvaltningsrettslige prinsipper. Kap. 3 redegjør for formålet til strgjfl., kap. 4 for strgjfl. § 37, kap. 5 for en uttalelse gitt av Sivilombudsmannen, kap. 6 kommenterer forvaltningspraksis, kap. 7 for EMK og EMD, kap. 8 for FNs og Europarådets torturkomiteer. I kap. 9 gir jeg en sammenfatning av vurderingene av gjeldende rett mens jeg i kap. 10 gir en rettspolitisk vurdering av bestemmelsen og anvendelsen.

2 Forvaltningens skjønnsutøvelse

2.1 Innledning

Regelverket som forvaltningsorganer er gitt myndighet til å anvende, innebærer ofte kompetanse til utøvelse av skjønn. For å finne ut om det er adgang til å utøve skjønn må man tolke kompetansegrunnlaget. Er konklusjonen at det må utvises skjønn, må man gjennom en fortsatt tolkning av kompetansegrunnlaget finne ut omfanget av dette skjønnet, ved å anvende alminnelig rettskildelære.¹⁶

¹⁶ Eckhoff / Smith: *op.cit.* s. 328-329.

Det skal i det videre kort gjøres rede for noen momenter som spiller spesielt inn ved anvendelse av skjønn i forvaltningen, og som vil bli anvendt senere i den materielle drøftelsen av straffegjennomføringsloven § 37. Momentene er uskrevne forvaltningsrettslige prinsipper som har vokst frem gjennom rettspraksis, og anses som ulovfestet rett.¹⁷

2.1.1 Vilkårlighet

Avgjørelser skal ikke bygge på tilfeldigheter. Hvis det kommer frem at forvaltningsorganet har kommet frem til et resultat uten å ha bygget på verken regler eller skjønn, men bare gjettet seg frem, vil dette føre til ugyldighet, uavhengig av resultatets godhet. Det finnes ikke noe prejudikat på dette, men er likevel blitt lagt til grunn i juridisk teori. Har forvaltningen brukt riktige rettskilder, men utelatt viktige hensyn, vil dette også kunne betegnes som en vilkårlig avgjørelse som ikke kan bli stående. Det er ikke kommet frem noen klare eksempler i rettspraksis på at vedtak blir ugyldige basert bare med denne begrunnelse, men i flere avgjørelser antydes en slik løsning, f. eks. Rt.1981 s. 745, Isene.¹⁸

2.1.2 Urimelige avgjørelser

Hvis resultatet viser seg å være sterkt urimelig, kan domstolene sette det til side. Det skal mye til før et resultat er sterkt urimelig. Det har lenge blitt lagt til grunn at urimelighet må anses å være en skranke for forvaltningens avgjørelsesmyndighet, kalt myndighetsmisbrukslæren. Det blir blant annet vist til Mortvedt dommen fra 1951.¹⁹

2.1.3 Usaklig forskjellsbehandling

Selv om et vedtak isolert sett synes riktig fattet, kan avgjørelsen likevel bli satt til side som ugyldig hvis det kan påvises usaklig forskjellsbehandling. At to saker ikke blir behandlet

¹⁷ Ibid. s. 362-263

¹⁸ I.c.

¹⁹ Rt. 1951 s. 19 (Mortvedt). For tidligere avgjørelser, se Rt. 1907 s. 413, Rt. 1946 s. 918, 921 og 924, se videre Eckhoff / Smith, *op.cit.* s. 263.

likt trenger ikke å være feil hvis det er en saklig grunn til det.²⁰ I saker vedrørende straffegjennomføring vil det kunne være vanskelig å påberope seg dette som ugyldighetsgrunn. Det er mange forskjellige forhold som skal tas i betraktning, enten det er innvilgende vedtak, som f. eks permisjon, eller det er et negativt vedtak om f. eks isolasjon. Situasjonen til de innsatte er sjelden lik, og uttalelser fra de ansatte ved fengselet som er unntatt innsyn, kan veie tungt. Man kan tenke seg at et fengsel eller en region utvikler en praksis som avviker fra den ellers gjeldende praksis på et område. Dette vil kunne være problematisk i forhold til hensynet om at like tilfeller skal behandles likt.²¹

2.1.4 Uforholdsmessighet

I forvaltningsretten generelt er det et krav om at det skal være en viss forholdsmessighet/proporsjonalitet, mellom det målet som ønskes oppnådd, og middelet for å fremskaffe det. Rettsgrunnlaget er avhengig av hvilket område man beveger seg på.²² I straffegjennomføringsretten er dette hensynet kommet til uttrykk i flere bestemmelser, blant annet i strgfjl. § 37 tredje ledd der det står at isolasjonen ikke skal opprettholdes lenger enn nødvendig. Det følger også av retningslinjene til bestemmelsen at mindre inngripende tiltak alltid skal vurderes. Det blir også eksplisitt uttrykt i forarbeidene til loven at ingen skal straffes under strengere forhold enn nødvendig.²³

2.2 Domstolenes kontroll med forvaltningen

Domstolene skal overfor forvaltningen utøve en legalitetskontroll, jfr. Rt. 2001 s. 995 dvs om vedtakene er lovlige. Legalitetskontrollen gjelder ikke resultatets rimelighet.

Domstolene kan vurdere hvor grensen mellom legalitet og skjønnsutøvelse skal trekkes, og

²⁰ Eckhoff / Smith, *op.cit* s. 365.

²¹ Birgitte Storvik lanserte denne utfordringen i sin kommentarutgave til strgfjl. som er fra 2003, (Langset Storvik, Birgitte: Straffegjennomføring etter lov av 18. mai 2001, 2003, s. 36) og i 2007 ble det foretatt en empirisk undersøkelse i en masteroppgave fra juridisk fakultet av et stort antall prøveløslatelsesvedtak fra kriminalomsorgen. Oppgaven konkluderte med at det er store forskjeller i praksisen til fengslene, og at regionene sjelden overprøver fengslenes avgjørelser. Gudmund Røgeberg: Prøveløslatelse, Om utilrådelighetsvurderingen etter strgfjl. § 42, Juss-Buss Stensilsserie nr 106.

²² Eckhoff / Smith: *op.cit.* s. 367.

²³ Ot.prp. nr. 5. s. 55

denne grensen kan fort fremstå uklar. Virkningen av domstolenes begrensede prøvelsesrett av forvaltningsvedtak, er at de bare kan sette til side vedtak som er ugyldige. Men der domstolene mener det foreligger feil, påpekes ofte dette selv om vedtakene ikke kan kjennes ugyldige.

Det avhenger av vedtakets karakter om domstolen kan foreta en realitetsavgjørelse eller bare opphever vedtaket. Domstolen kan avgjøre realiteten i strengt lovbundne vedtak. Vedtak hvor det er vurderinger av skjønnsmessig eller faglig karakter, kan domstolene som hovedregel bare oppheve og sende tilbake til forvaltningsorganet for ny behandling. Rt. 2001 s. 995 er også her illustrerende for disse spørsmålene.²⁴

På fengselsrettens område foreligger det svært lite rettspraksis. Det er ingen avgjørelser som tar opp strgf. § 37 direkte, eller noen av de andre bestemmelsene som kunne vært retningsgivende for anvendelsen av skjønn i strgf. Det foreligger rettspraksis som omhandler forvaltningens skjønn på andre områder enn fengselsretten, men med tanke på de særlige hensyn som gjør seg gjeldende i strgf. vil det være en usikker analyse å foreta analogisk tolkninger fra denne praksisen.

3 Straffegjennomføringslovens formål

3.1 Innledning

Tidligere var det en uttalt oppfatning at formålet med straff var at den skulle oppleves som en pine. Denne oppfatningen blir kalt den absolutte straffeteori. Det straffes fordi det syndes. Johs. Andenæs definerte i 1961 straff på en slik måte: ”*Straff er onde som staten tilføyer lovovertrederen på grunn av lovovertrædelsen i den hensikt at han skal føle det som et onde.*” Høyesterett fulgte opp denne definisjonen i Rt-1977-1207.²⁵

²⁴ Eckhoff / Smith: op.cit. s. 480-483

²⁵ Andenæs, Johs.: *Statsforfatningen i Norge*, 3. utg., Oslo 1962 s. 352

I dag er den uttalte oppfatning at strafferettspleien skal være mer fokusert mot at straff skal være et styringsmiddel. Dette kalles den relative straffteori. Straffen skal virke individualpreventivt og allmennpreventivt, det vil si at straffen både skal få den dømte til å avstå fra kriminalitet, og få allmennheten til ikke å foreta seg straffbare handlinger.²⁶ Det er meget omdiskutert om fengselsstraff har noen av disse virkningene.²⁷ Flere undersøkelser og statistikk tyder på det motsatte.

Til tross for Jds uttalelser i forarbeidene har nok dagens strafferettspleie innslag av den absolutte straffeteori i seg. Reaksjonsfastsettelsen og straffeutmålingen i straffesaker er eksempler.²⁸

Fengselsloven av 1958 manglet en egen formålbestemmelse. Det som ligger nærest opp mot en formålsuttalelse i den gamle loven er § 14 som regulerte hvordan innsatte skulle behandles i fengselet, og som angir at negative virkninger av frihetsberøvelse så vidt mulig skulle unngås.

Fengselslovutvalget kom i NOU 1988:37 med en del synspunkter vedrørende formål med straffen, men uten å foreslå en egen formålsparagraf. Noe av det de trakk frem som viktig, var at fengslene skulle tilstrebe et "normaliseringsprinsipp". De innsatte skulle i den grad det var mulig få ha en normal tilværelse og få en individuell oppfølging, men uten at det gikk på bekostning av sikkerheten og hensynet til samfunnet.

I St meld nr 27 (1997-98) ble det fremhevet at Kriminalomsorgens hovedoppgave er at de pålagte straffer blir "... gjennomført innen de gjeldende rettslige rammer..." Dette skal skje uten at nye kriminelle handlinger blir begått. Det blir videre poengtert at bekjempelsen av

²⁶ Ot. prp. nr. 90 (2003-2004) Om lov om straff, punkt 6.2

²⁷ Eskeland, Ståle: *Strafferett*, 2. utg., Oslo 2006, s. 52.

²⁸ *ibid.* s. 47-48

nye straffbare handlinger kan gå gjennom å gi den innsatte utdanning og meningsfylt arbeid.²⁹

Jd så behovet for en paragraf som anga et generelt formål med straffen og som kriminalomsorgen skal ta hensyn til ved håndheving av strgjfl.

Høringsinstansene var i det store og hele positive til en egen formålsbestemmelse, og trakk frem den gamle fengselsloven som mangelfull i så måte. Den eneste høringsinstansen som uttrykte skepsis overfor bestemmelsen var Norsk Forening for Kriminalreform (KROM). De mente bestemmelsen var for rettet mot samfunnets sikkerhet og interesse, på bekostning av den innsatte.

Forslaget i høringsutkastet ble ikke endret på annen måte enn at det kom et tillegg i endelig lovtekst om at innsatte skal sikres "tilfredsstillende forhold."³⁰

Jeg vil i det følgende presentere straffegjennomføringslovens formålsbestemmelse med tilhørende forskrift.³¹ Lovformål har som et utgangspunkt tung rettskildemessig vekt. Når formålet er lovfestet slik som det er i strgjfl. med en utdypende forskrift, får det ekstra stor betydning av to grunner - for det første fordi lovtekst generelt har tung vekt, og for det andre fordi slutningene om hva som ligger i formålet blir sikrere.³² Begrunnelsen for å tillegge en formålsparagraf stor vekt ved tolking av rettsspørsmål, ligger i at lover gjerne er gitt for å styre adferd, spesielt forvaltningsretten. Da anvender man loven slik at ønsket adferd kan oppnås.

3.2 Formålsbestemmelsen i Strgjfl., § 2 og forskriften § 1-2

Først vil jeg gjengi ordlyden i både lovbestemmelsen og forskriften i sin helhet.

²⁹ Ot.prp. nr. 5. s. 27

³⁰ ibid. s. 28.

³¹ FOR 2002-02-22 nr. 183: Forskrift til lov om straffegjennomføring.

³² Boe, Erik: INNFØRING I JUSS, Juridisk tenkning og rettskildelære s. 243

§ 2. Formål

Straffen skal gjennomføres på en måte som tar hensyn til formålet med straffen, som motvirker nye straffbare handlinger, som er betryggende for samfunnet og som innenfor disse rammene sikrer de innsatte tilfredsstillende forhold.

Ved varetektsfengsling skal kriminalomsorgen legge forholdene til rette for å avhjelpe negative virkninger av isolasjon.

I lovteksten til strgf. § 2 er det ikke uttalt hva som legges i ”formålet med straffen”, men det uttrykkes hvilke andre hensyn det samtidig må legges vekt på. Det er lovens forskrift § 1-2 som presiserer hva formålet med straffen er. Denne lyder:

Forskriften § 1-2. Formål

Så langt det er forenlig med hensynet til samfunnets sikkerhet og den alminnelige rettsoppfatning, skal forholdene legges til rette for at den straffedømte gis mulighet til å endre livsførsel og hindre tilbakefall.

Varetektsinnsatte og andre som ikke kan delta i fellesskapet skal prioriteres med hensyn til aktiviteter og samvær med tilsatte med sikte på å redusere skadevirkningene av isolasjon.

Den dømtes rehabilitering må ikke gå lenger enn hensynet til samfunnets sikkerhet og den alminnelige rettsoppfatning kan tåle. Innenfor disse grensene skal en tilstrebe en best mulig tilrettelegging.

I samfunnets sikkerhet ligger at fengselet foretar valg i forhold til den innsatte som er sikkerhetsmessig forsvarlig. Er fengselet i en gitt situasjon ikke sikker på om det er trygt å tilkjenne permisjon til en innsatt, i frykt for tilbakefall, skal søknaden avslås selv om den innsattes soningsprogresjon.

Den alminnelige rettsoppfatning er en vanskelig kilde å få tak i.³³ Fengselet må det selv foreta en vurdering av hva den alminnelige borger ville tenkt om han fikk seg spørsmålet forelagt. Det er tilliten til strafferettspleien som er hovedhensynet bak å ta den allmenne rettsoppfatning i betraktning. En rettsstat er avhengig av at metodene for avstraffelse er i tråd med det befolkningen finner rimelig.

I passusen "endre livsførsel og hindre tilbakefall," ligger i all hovedsak goder for den innsatte slik som permisjon, fremstilling, skolegang, fellesskap m.m. Som tidligere nevnt vil dette hensynet vike hvis sikkerhetsmessige hensyn gjør det påkrevd. Fengslene står hele tiden overfor svært vanskelige valg. De vil aldri med sikkerhet kunne utelukke en risiko når de gir en innsatt permisjon eller skolegang utenfor fengselet.

Lovteksten i strgf. § 2 angir hvilke andre hensyn enn de som følger av formålet som det skal sees hen til ved gjennomføring av straffen. Gjennomføringen skal også "motvirke nye straffbare handlinger" og være "betryggende for samfunnet." Disse hensynene mener jeg konsumeres av formålshensynet, da de peker på at samfunnet skal være beskyttet og nye kriminelle handlinger skal motvirkes.

Det blir til sist i første ledd presisert at innefor rammene av de ovennevnte hensyn, skal innsatte sikres tilfredsstillende forhold. Dette hensynet må ses i sammenheng med det sikkerhetsnivå den innsatte er underlagt, og hvilken gjennomføringsform det blir sonet i.³⁴ Plikten for fengselet til å yte tilfredsstillende forhold er med dette en elastisk standard som vil variere alt ettersom man soner i fengsel med lavt eller høyt sikkerhetsnivå, eller er underlagt ekstra sikkerhetstiltak.

³³ Eskeland, Ståle: *Strafferett*, 2. utg., Oslo 2006, s. 150. I Danmark ble det i 2006 utgitt en undersøkelse som omhandler den alminnelige rettsoppfatningen i Danmark. Flemming Balvig: *Danskernes syn på straf*, Advokatsamfundet 2006, <http://www.advokatsamfundet.dk>. Undersøkelsen avdekket at den alminnelige rettsoppfatningen er mer nyansert enn det som kommer frem gjennom de store mediekanalene. Denne undersøkelsen er overførbar til Norge da vi har et relativt likt straffesystem, og Danmark og Norge er kulturelt sett sammenlignbare. Forarbeidene til strgf. har blant annet et kapittel om rettstilstanden til Danmark og Sverige.

³⁴ Ot.prp. nr. 5. s. 28.

Siste ledd i § 2 pålegger kriminalomsorgen å legge forholdene til rette for å avhjelpe negative følger av isolasjonen under varetekt. Hensynene for å avhjelpe ved varetekt er like sterkt til stede ved domssoning, det vil derfor være naturlig å tolke siste ledd dit hen at også innsatte som soner en rettskraftig dom skal avhjelpes for negative følger av isolasjon. Ser man lovteksten i sammenheng med forskriftens siste ledd støttes denne tolkningen.

Siste ledd i forskriften sier at innsatte som isoleres fra fellesskapet, uavhengig om de sitter i varetekt eller dom, skal prioriteres overfor andre innsatte i forhold til tid og aktiviteter med de ansatte ved fengselet. Dette ut fra en erkjennelse av at mangel på menneskelig kontakt er skadelig, og må i den utstrekning det er mulig avhjelpes. I forarbeidene nevnes dette for varetektsinnsatte, men ut ifra forskriftens gjeldende ordlyd gjelder dette for alle innsatte som er gjenstand for utelukkelse.³⁵

Å begrense negative virkninger av isolasjon, må kunne sies å ha en sammenheng med å sikre de innsatte "tilfredsstillende forhold", jfr. § 2, 1. ledd. Denne plikten hadde fengslene i høringsutkastet bare overfor varetektsinnsatte, men i forarbeidene presiserte Jd at dette skulle gjelde alle innsatte, og ordlyden i lovteksten ble forandret.³⁶ Det kan stilles spørsmålstegn ved hvorfor ikke siste ledd om isolasjon også er endret, hvis varetektsinnsatte og andre innsatte skulle få samme vern. Skadevirkningene er de samme uavhengig av varetekt eller rettskraftig dom, så reelle hensyn taler for at strgjfl. § 2, 2. ledd får anvendelse for samtlige innsatte.

Formålbestemmelsen i strgjfl. § 2 er en balansegang mellom fengselets behov for legitimitet til å utøve makt, og enkeltindividets rettigheter.

³⁵ Ot.prp. nr. 5 s. 15.

³⁶ *ibid.* s. 28

3.3 Setter formålsbestemmelsen i strgjfl. § 2 begrensninger for fengslenes bruk av strgjfl. § 37?

Straffen skal gjennomføres på en måte som fremmer den enkelte fanges situasjon, men bare såfremt det ikke går utover samfunnet. Det vil si at samfunnshensyn veier tyngre hvis de kommer i motstrid med hensyn til enkeltmennesket. § 37 regulerer interne forhold i fengselet, det vil si at det i de fleste tilfellene er fengselshensyn som skal veies mot hensynet til den innsatte; som f. eks. hensynet til at det skal være ro og orden i fengselet og at voldsbruk mellom innsatte og mot ansatte ikke skal inntre. Disse hensynene er av en annen art enn hensynene til samfunnets sikkerhet, og nevnes ikke eksplisitt i formålsbestemmelsen. Det må likevel kunne sies at et trygt fengselsmiljø er relevant ved en en straffegjennomføring som fremmer rehabilitering.

Hvis det inntreer skadelige virkninger av isolasjon, har fengselet en plikt til å avhjelpe og redusere disse negative følgene, men ikke få de til å opphøre.

Formålsbestemmelsen -strgjfl. § 2 jfr. forskriften § 1-2- oppstiller flere tiltak som vil supplere den innsattes situasjon etter strgjfl. § 37 på en positiv måte, men den kan slik jeg ser det ikke sette noen effektive skranke for kriminalomsorgens adgang til å utelukke i medhold av strgjfl. § 37.

4 Regelen om utelukkelse som forebyggende tiltak i straffegjennomføringsloven § 37

4.1 Innledning

Fengselsloven (fl.) hadde ingen lovbestemmelse som regulerte isolasjon som forebyggende tiltak, men det ble gitt adgang til dette med hjemmel i fengselsreglementet § 53.4 -53.11. Jds forslag til ny lov (Ot.prp. nr. 5 (2000-2001)) ble vedtatt av Stortinget 18. mai 2001, og

trådte i kraft 1. mars 2002 sammen med forskrift til lov om straffegjennomføring.³⁷ Jds mening var i all hovedsak å videreføre gjeldende rett, men hjemle utelukkelsesadgangen i lov.³⁸

I det følgende vil strgjfl. § 37 med tilhørende forskrift og retningslinjer bli presentert, for så å underlegges en tolkning for å finne gjeldende rett.³⁹

For å finne gjeldende rett, og for å se om lovteksten selv begrenser bruken av isolasjon etter § 37, må bestemmelsen tolkes.

4.2 Gjengivelse av ordlyden i § 37

Kriminalomsorgen kan beslutte at en innsatt helt eller delvis skal utelukkes fra fellesskapet med andre innsatte dersom det er nødvendig for å

- a) hindre at innsatte til tross for skriftlig advarsel fortsetter å påvirke miljøet i fengslet på en særlig negativ måte,*
- b) hindre innsatte i å skade seg selv eller øve vold eller fremsette trusler mot andre,*
- c) hindre betydelig materiell skade,*
- d) hindre straffbare handlinger, eller*
- e) opprettholde ro, orden og sikkerhet.*

Kriminalomsorgen skal beslutte delvis utelukkelse dersom dette er tilstrekkelig for å forebygge handlinger etter første ledd bokstavene a til e.

Hel eller delvis utelukkelse etter første ledd skal ikke opprettholdes lenger enn nødvendig, og kriminalomsorgen skal fortløpende vurdere om det fortsatt er grunnlag for utelukkelsen.

Dersom hel utelukkelse fra fellesskapet overstiger 14 dager, skal regionalt nivå ta stilling til om den innsatte fortsatt skal utelukkes. Dersom utelukkelsen samlet overstiger 42

³⁷ FOR 2002-02-22 nr. 183: Forskrift til lov om straffegjennomføring.

³⁸ Ot.prp. nr. 5 s. 102

³⁹ Retningslinjer til lov om gjennomføring av straff mv. Fastsatt av KSF 16. mai 2002 og revidert 31. mai 2006.

dager, skal tiltaket meldes til Kriminalomsorgens sentrale forvaltning. Melding skal deretter gis til Kriminalomsorgens sentrale forvaltning med 14 dagers mellomrom. Utelukkelse etter første ledd bokstavene a til e kan bare strekke seg utover ett år dersom innsatte selv ønsker det.

Dersom delvis utelukkelse fra fellesskapet overstiger 30 dager, skal tiltaket meldes til regionalt nivå.

Innsatte som er helt utelukket fra fellesskapet, skal flere ganger daglig tilses av tilsatte. Lege skal varsles om utelukkelsen uten ugrunnet opphold.

Kriminalomsorgen kan beslutte at alle eller enkelte innsatte helt eller delvis skal utelukkes fra fellesskapet dersom det er sannsynlig at et ubestemt antall innsatte har begått eller er i ferd med å begå handlinger som nevnt i første ledd, eller dersom akutte bygningsmessige eller bemanningsmessige forhold gjør det nødvendig. Slik utelukkelse kan opprettholdes i inntil 3 døgn. Regionalt nivå kan forlenge utelukkelsen med inntil 3 døgn dersom særlige grunner gjør det påkrevet.

Kriminalomsorgen kan beslutte at en innsatt skal utelukkes helt eller delvis fra fellesskapet dersom bygningsmessige eller bemanningsmessige forhold gjør det påkrevet, eller dersom den innsatte selv ønsker det.

§ 17 annet ledd skal anvendes ved utelukkelse fra fellesskapet i avdelinger som nevnt i § 10 annet ledd.

4.2.1 Gjengivelse av ordlyden i forskrift § 3-35

Strgjfl. § 5, 4 ledd gir Kongen fullmakt til å gi nærmere regler om kriminalomsorgens virksomhet, organisering og gjennomføring av fengselsstraff, strafferettslige særreaksjoner, varetekt, samfunnsstraff og andre reaksjoner når det er særskilt bestemt i lov. Forskrift til lov om straffegjennomføring m.v. av 22. februar 2002 gir bestemmelser som utfyller loven, og vil i det følgende bli brukt for å beskrive hvordan hjemmelen er å forstå. Bestemmelsens § 3-35 omhandler utelukkelse som forebyggende tiltak.

Utelukkelse etter straffgjennomføringsloven § 37 kommer til fradrag i en eventuelt etterfølgende reaksjon etter straffgjennomføringsloven

Skadelige følger av utelukkelse fra fellesskapet skal så vidt mulig forebygges eller bøtes på.

4.2.2 Retningslinjene vedrørende forebyggende isolasjon (pkt. 3.40)

Forskriften gir i § 7-1 Kriminalomsorgens sentrale forvaltning (KSF) hjemmel til å gi retningslinjer som utdyper lov og forskrift og angi hvilke momenter det er relevant å ta med der hvor det må utvises skjønn. Av plasshensyn blir de ikke gjengitt i sin helhet her.

4.2.3 Første ledd

Forebyggende

Begrepet forebyggende nevnes ikke første ledd men står i bestemmelsens overskrift. Hva menes med forebyggende tiltak? Etter en naturlig språklig forståelse, er det et tiltak for at en situasjon skal unngås, hindres i å fortsette eller forverre seg. Reaksjonen skal derfor ikke ha et pønalt formål. Denne tolkningen støttes av retningslinjene, hvor det står at er handlingen avsluttet, skal § 37 ikke benyttes. Det kan i de tilfellene reageres med utelukkelse etter strgf. § 39, eller reaksjon etter § 40, som begge fremstår med et mer pønalt formål.

Høyesterett har i en kjennelse uttalt at ingen av disiplinærreaksjonene i § 40 først og fremst har karakter av å ha et pønalt formål, men opprettholdelse av ro og orden. Hvis formålet er å oppnå ro og orden fremover, er § 37 den riktige hjemmelen, ikke § 40 som er en reaksjon *etter* at ro og orden har blitt brutt. § 40 hjemler andre mindre inngripende reaksjoner enn utelukkelse, som i mange situasjoner er mer aktuelt. Men disse alternativene har et tydeligere preg av etterfølgende straff, som f. eks tap av dagpenger.⁴⁰

Grunnvilkår

⁴⁰ Rt. 2003 s. 1100, Saken omhandlet forbudet mot dobbeltstraff, og om disiplinærreaksjoner er straff i forhold til EMK.

Det følger av ordlyden i første punktum at isolasjonen må være *nødvendig* i forhold til de handlingene det forebygges mot. Dette er bestemmelsens grunnvilkår og et uttrykk for at det skal være forholdsmessighet mellom mål og middel. Før noen form for isolasjon vurderes skal andre mindre inngripende tiltak vurderes. Dette står eksplisitt i retningslinjene innledningsvis, men må også kunne sies å følge av proporsjonalitetsprinsippet i forvaltningen. Fengselsutvalget var i sin utredning opptatt av dette, og deres uttalelse om at andre midler åpenbart må være vurdert tilstrekkelige før isolasjon iverksettes, er nettopp et uttrykk for dette prinsippet.⁴¹ Forarbeidene er også veldig tydelig her, og det uttales at det er departementets ønske at isolasjon begrenses ”...*til de tilfellene hvor det er absolutt nødvendig...*”⁴²

I forarbeidene står det at en reaksjon i medhold av § 40 kan vurderes ved mindre alvorlige handlinger, i stede for å anvende § 37.⁴³ Disse bestemmelsene har som det vil bli beskrevet lenger ned, i utgangspunktet forskjellige formål.

Beviskrav

Hvilke beviskrav skal benyttes i vurderingen av om handlingene vil påbegynnes eller fortsette. I forarbeidene sier Jd i forbindelse med 7. ledd som hjemler kollektiv utelukkelse av innsatte, at de har senket beviskravet til alminnelig sannsynlighetsovervekt, det vil si mer enn 50 % men 51 % er tilstrekkelig, mens det ikke blir uttalt i forhold til de andre leddene.⁴⁴ Siden Jd eksplisitt nevner at beviskravet er senket til sannsynlighetsovervekt, er det naturlig å trekke den slutning at kravet tidligere var høyere.

Strgjfl. § 37, 7. ledd er i følge forarbeidene ment til å forhindre fangeopprør og annen alvorlig forstyrrelse av sikkerheten i fengselet. Dette må sies å være det forholdet som overfor fengselet som helhet er mest alvorlig. Det vil derfor være naturlig å anta at for de

⁴¹ NOU 1988: 37, s. 73

⁴² Ot.prp. nr. 5 s. 15

⁴³ *ibid.* s. 164

⁴⁴ *ibid.* s. 104.

forholdene som er mindre alvorlige overfor fengselet, men som er et like alvorlig inngrep overfor den enkelte innsatt, vil kravet til sannsynlighet være høyere enn den alminnelige. Strgjfl. skulle videreføre gjeldende rett etter fl. og dens reglement. Hvis beviskravet etter fengselsreglementet var mer enn sannsynlighetsovervekt, og det i forarbeidene bare blir nevnt endringer til § 37, 7. ledd, kan man slutte at beviskravet overfor de andre ledd i bestemmelsen er uendret.⁴⁵

Til sammenligning kan det nevnes at i strgjfl. § 39, som hjemler umiddelbar utelukkelse som følge av brudd på gjennomføring av fengselsstraffen, står det i lovteksten at det skal være *sannsynlig* at innsatte har begått handlingen. Dette blir utdypet i retningslinjene, hvor det står at det skal foreligge sannsynlighetsovervekt. Videre har § 40 som regulerer diverse reaksjoner for brudd, ikke ordet sannsynlig i ordlyden, men det blir presisert i retningslinjene at i utgangspunktet er alminnelig sannsynlighetsovervekt som er beviskravet for om en handling er begått.⁴⁶ Dette blir også sagt i forarbeidene.⁴⁷

I en sak til Sivilombudsmannen i 2004, anførte en fange at et vedtak i medhold av § 40 var ugyldig, begrunnet i at det var en saksbehandlingsfeil at fengselet hadde lagt alminnelig sannsynlighetsovervekt til grunn. Klageren mente det måtte gjelde samme beviskrav overfor disiplinærvedtak i fengsel, som benyttes i strafferetten.⁴⁸

Ombudsmannen kom ikke til at vedtaket var ugyldig, men uttalte at beviskravet ved disiplinærvedtak kan variere. Det vises til ombudsmannens årsmelding av 1990 s. 67, hvor det refereres til uttalelser Fengselsstyret hadde kommet med i forbindelse med refselsler ilagt etter fengselslovens § 26. Disse uttalelsene legger til grunn at det må kreves en rimelig høy grad av sikkerhet før refselse kan ilegges. I den ovennevnte saken hos Sivilombudsmannen ble JustisJd konfrontert med disse uttalelsene. Jd henviste til strgjfl. § 40 jfr. retningslinjene punkt 3.43., og at det følger klart at sannsynlighetsovervekt er

⁴⁵ Fengselslovutvalget kommenterer ikke dette i NOUen.

⁴⁶ For mer om §§ 39 og 40, se oppgavens punkt. 1.5.

⁴⁷ Ot. prp. nr. 5 s. 166.

⁴⁸ Sivilombudsmannens uttalelse i Sak 2004-1749.

tilstrekkelig. Ombudsmannen uttaler at ikke alle situasjoner kan møtes med samme beviskrav. Variasjonene vil knytte seg til reaksjonens innhold og formål, sett i sammenheng med hvilke virkninger reaksjonen får for den innsatte.

Uttalelsen omhandler disiplinærvedtak, og som nevnt ovenfor er ikke § 37 en ordinær disiplinærreaksjon, men jeg mener likevel resonnementet til Ombudsmannen har en overføringsverdi til § 37.

Vedrørende formålet med tiltaket, kan de fengselsmessige hensynene sies å veie noe tyngre i § 37 enn § 40. I førstnevnte bestemmelse er hensynet til å unngå ytterligere skade som er formålet, i motsetning til å reagere på en avsluttet handling som ikke lenger utgjør en fare eller forstyrrelse for ansatte eller medinnsatte. Virkningen av tiltaket er på den andre siden mer inngripende etter § 37 enn § 40. Utelukkelsen kan omfatte alt fellesskap, ikke bare fritidsfellesskap, og varigheten kan gjøres lengre. Ombudsmannen uttaler i forhold til graden av inngripen, at jo mer inngripende tiltak, jo høyere grad av sannsynlighet burde legges til grunn. Dette har støtte i proporsjonalitetsprinsippet. Igjen ser vi hvordan det forvaltningsrettslige kravet til proporsjonalitet mellom det myndighetene kan utsette borgerne for, og det målet som skal oppnås, spiller inn i vurderinger.

Uttalelsen til Sivilombudsmannen har støtte i juridisk teori. Eskeland har i forhold til den opphevede fengselsloven tatt til orde for mange av de samme vurderingene. Felles er hensynet til forholdsmessighet mellom inngrepet og virkningene. Eskeland går muligens noe lenger, da han trekker inn det alminnelige beviskravet i straffesaker, som han mener må ha gyldighet for disiplinærstraffer, da de oppfyller definisjonen for straff. Grunnlaget for dette er hensynet til at det er viktigere å unngå uriktige avgjørelser angående inngripende tiltak enn at en skyldig fange går fri.⁴⁹

Da Eskeland skrev dette hadde vi ikke strgjfl. Kravet til sannsynlighetsovervekt er kommet sterkere til uttrykk i den nye loven enn den gamle. Men det er i retningslinjene 3.43 sagt at

⁴⁹ Eskeland, Ståle: *Fangerett*, 1989, s. 302-303.

sannsynlighetsovervekt er *utgangspunktet*. Det kan gi rom for variasjoner hvis særlige hensyn spiller inn.

I nyere teori skrevet etter at strgjfl trådte i kraft er det også gitt støtte til et krav om høyere grad av sannsynlighet ved de alvorligste tiltakene fengslene kan iverksette.⁵⁰

Tilleggsvilkår

Leddet består videre av fem fakultative vilkår, det betyr at hvis ett av vilkårene i bokstavene a) til e) er oppfylt, kan kriminalomsorgen, beslutte hel eller delvis isolasjon. Kompetansen er lagt til lokalt nivå jfr. strgjfl. § 6, dvs det er fengselet som her treffer vedtak. Listen over vilkår er uttømmende og det kan derfor ikke iverksettes utelukkelse med begrunnelse i et annet forhold enn det som fremkommer av ordlyden.

Negativ påvirkning (litra a)

Hva ligger i å påvirke et miljø på en særlig negativ måte? Etter en naturlig språklig forståelse, er det nærliggende å tolke det som at fangen overfor andre fanger eller ansatte, må gå aktivt inn for å skade miljøet i fengselet. Formålet med gjennomføring av straff i fengsel er å motvirke nye straffbare handlinger. Hvis en innsatt motarbeider dette ved å involvere andre innsatte eller vanskeliggjøre de ansattes jobb, vil det være negativt. Men det skal være av *særlig* grad. Det foreligger ingen plikt for den innsatte til å være spesielt fornøyd med den livssituasjonen man er i, dette vil kunne influere samværet mellom de innsatte. Det må derfor kreves påvirkning av et visst omfang.

Innsatte må først ha mottatt skriftlig varsel om forholdet før utelukkelse kan iverksettes. Den type atferd som reguleres representerer ikke behovet for noen umiddelbar reaksjon, det er derfor formålstjenlig at den innsatte kan rette opp situasjonen før det tys til isolasjon. Mener fengselet at oppførselen ikke vil opphøre, kan isolasjon iverksettes.

⁵⁰ Langset Storvik, Birgitte: Straffegjennomføring etter lov av 18. mai 2001, 2003, s.162.

Storvik nevner som et eksempel i sin bok at mobbing av medinnsatte er et forhold som vil falle innunder litra a). Verken forarbeidene eller retningslinjene gir noen nærmere angivelse av hva slags type atferd som er ment å rammes, fengselet vil derfor i stor grad kunne definere hva som er egnet for negativ påvirkning.

Fengselsreglementet § 53.4 annet ledd nr. 2 litra c hadde en lignende bestemmelse

Vold mot andre og selvskading (litra b)

Dette alternativet har vilkår med en relativ klar ordlyd. Selvskading, vold eller trusler mot andre, i andre legger jeg både medinnsatte og ansatte ved fengselet, har et meningsinnhold som lettere kan defineres. Storvik skriver i sin bok at litra b) omhandler trusler om vold overfor andre eller seg selv.⁵¹ Det er ikke slik jeg forstår ordlyden. Det fremgår tydelig at det er fakultative vilkår, hvor trusler er et selvstendig forhold som skal forhindres. Det vil ikke si at en trussel om skade ikke kan føre til isolasjon, men det blir upresist å formulere det som det er et vilkår at det allerede må foreligge en trussel.

Fengselsreglementet § 53.4. 2 l. a) sin ordlyd var å ”... *hindre skade på person...*”

Voldsbegrepet i strafferetten har utviklet seg gjennom rettspraksis, og blir nå definert som enhver kraftbruk mot en annen person, og det er verken krav om skade eller smerte, jfr. straffeloven (strl.) § 228 som omhandler legemsfornærmelser, til forskjell fra strl. § 229 som omhandler legemsbeskadigelser. Jd kommenterer ikke utvidelsen av hjemmelen på annen måte enn at de sier at tiltaket skal forbeholdes *særlige tilfeller*, det kan tolkes som at vold i det nederste sjiktet ikke rammes av bestemmelsen.⁵²

Fengselslovutvalget skrev i sin utredning at de antok at den språklige utvidelsen ikke skulle få noen betydning. Begrunnelsen er at handlingen skal forebygges, med andre ord har den

⁵¹ Langset Storvik, Birgitte: *op.cit.* s. 155.

⁵² Ot. prp. nr. 5 s. 100

ikke inntruffet, det vil da være vanskelig å forutse om resultatet kan kvalifisere som skade.

53

For at en ytring skal kvalifisere til en trussel, må det trues med en straffbar handling som kan gi over 6 mnd. fengsel, jfr. strl. §227. Også for dette alternativet er det vanskelig å forutse nøyaktig hva innholdet av handlingen vil være, og det i forhold til hjemmelens praktiske anvendelse er det neppe ment å stille opp et krav om at trusselen må tilfredsstillende definisjonen i strl.

Selvskading er ikke straffbart, men det er klart at et fengsel ikke kan ignorere at innsatte skader seg selv. Det vil også her være naturlig at skadene som fryktes er av et visst omfang.

Materiell skade (litra c)

Dette vilkåret regulerer de tilfellene hvor fengselet må gripe inn overfor en innsatt for å forhindre at fengselet blir utsatt for betydelig materiell skade. At skaden skal være materiell vil si at det dreier seg om gjenstander eller bygninger. Hva ligger i betydelig skade? Også her kan det være av verdi å snu seg mot strafferetten. Skadeverk er definert som å rettsstridig ødelegge, skade, gjøre ubrukelig eller forspille en gjenstand som helt eller delvis tilhører en annen, jfr. strl. § 291. I strgf. § 37 er det ikke inntatt at handlingen må være rettsstridig, men det er vanlig å innfortolke en rettsstridsreservasjon i straffebud uavhengig om det er inntatt i lovteksten. § 37 er ikke et straffebud i tradisjonell forstand, men reelle hensyn kan tilsi at man også her tar høyde for at det også i § 37 kan oppstå situasjoner som er rettmessige. Det kan være aktuelt i en nødverge, nødrettssituasjon, eller ved samtykke. Verken nødrett eller samtykke vil være særlig praktisk i en soningssituasjon. I en situasjon mellom to innsatte hvor en av de ødelegger gjenstander for å forsvare seg, vil nødverge kunne tenkes å komme inn, men mest sannsynlig ville en slik situasjon blitt avverget av fengselet før den kunne kommet så langt.

⁵³ NOU 1988: 37 s. 229

For at skaden skal kunne regnes som betydelig, oppstiller strl. § 292 flere momenter som skal vektlegges. De fleste av momentene har ingen overføringsverdi til en soningssituasjon, men i forhold til beløpsstørrelser kan man gjennom rettspraksis anta at skaden må ligge på ca. kr 60 000. Også dette momentet kan være vanskelig for anvendelsen etter § 37 fordi den betydelige skaden ikke er inntruffet. Ødeleggelsene trenger ikke være påbegynt for at fengselet skal kunne isolere, men etter en fra det mer til det mindre tolkning vil påbegynte handlinger av alvorlig karakter, men som ennå ikke har kuliminert i en betydelig skade også omfattes.

Straffbare handlinger (litra d)

Mistenker man en innsatt for å skulle foreta en straffbar handling i fengselet, kan vedkommende isoleres. Straffbare handlinger som ofte er representert i fengsler er bruk, besittelse eller omsetning av narkotika og vold. Men alle straffbare handlinger omfattes. Rømning ble kriminalisert i strgf. (§ 40 siste ledd), så ved mistanke om rømning kan fengselet også vurdere isolasjon. Fengselsreglementets hjemmel oppstilte rømning eksplisitt, Fengselslovutvalget ville videreføre den ordningen med et tillegg om omsetting av rusmidler, men ikke et eget alternativ for alle straffbare handlinger.⁵⁴ Begrunnelsen var at de ovennevnte alternativene var tilstrekkelige, og at det for andre straffbare handlinger ikke ville være nødvendig med isolasjon. Et hensyn for å omfatte straffbare handlinger i sin helhet er at dette er handlinger som man uavhengig av strgf. § 37 skal avstå fra, og er kjent med at ikke er lovlige.

I forhold til rømning inntok Utvalget i sitt lovforslag at rømning fortsatt skulle være et eget alternativ, men forandret ordlyden fra å være *særlig fare* for rømning, til at det skulle kreves en *åpenbar fare*. Utvalget mente med dette å skjerpe kravene, det skulle foreligge *manifeste* indikasjoner på at en rømning var under planlegging.⁵⁵ Jd kommenterte ikke rømning etter litra d) spesielt. Som hovedregel ønsket Jd å videreføre gjeldende rett, det er

⁵⁴ ibid. s. 229-230

⁵⁵ NOU 1988: 37 s. 229

derfor grunn til å tolke beviskravet i forhold til rømning på samme måte som etter fengselsreglementet.

Ro, orden og sikkerhet (litra e)

Såfremt fengselet finner det nødvendig av hensyn til ro, orden eller sikkerhet, kan isolasjon av innsatte iverksettes. Dette grunnlaget fremstår rent språklig som det klart mest omfattende alternativet. Etter en naturlig språklig forståelse er det mye forskjellig oppførsel som kan omfattes av dette alternativet. Høye utrop og skriking, rot på cellen, ikke umiddelbart adlyde betjentene.

Lovens formålsbestemmelse skal fremme progresjon hos den enkelte innsatte. Hvis den innsattes aktivitet ikke bidrar til dette, vil det kunne sies å tjene formålet at vedkommende ble utelukket. Det kommer ikke til uttrykk i lovteksten, men er forutsatt i forarbeidene at brudd på aktivitetsplikten er grunnlag for utelukkelse etter litra e).⁵⁶ Det kan ut fra fengselsmessige hensyn anføres at en innsatts brudd vil kunne påvirke de andre fangene i negativ grad, og at det skaper en uro i fengselet. Negativ påvirkning hjemles i litra a), men der er det et krav om at påvirkningen må være av særlig grad. Fengselslovens reglement § 53.4 annet ledd nr. 2 litra e) hjemlet hel utelukkelse av et nesten identisk alternativ: ”*hindre alvorlig forringelse eller forstyrrelse av samværet mellom innsatte.*” Fengselsutvalget mente at hel utelukkelse ved videreføring av dette alternativet ikke var nødvendig, fordi disse situasjonene ville hjemles av alternativet om ro, orden og sikkerhet.⁵⁷

Juridisk teori oppstiller eksempler som slåssing med medinnsatte og ansatte, mindre hærverk og når en innsatt ikke følger spillereglene for ro, orden og sikkerhet.⁵⁸ De førstnevnte alternativene blir allerede hjemlet i litra b) og c), men med krav om at handlingene må antas å være av et alvorligere omfang. De nevnte ”spillereglene”, er et noe tvilsomt grunnlag som ikke presiseres ytterligere.

⁵⁶ Ot.prp. nr. 5 s. 102.

⁵⁷ NOU 1988: 37 s. 71 og 230. (På s. 230 er det henvist til litra c når det menes e.)

⁵⁸ Langset Storvik, Birgitte: *op.cit.* s. 155.

Fengselslovutvalget mente hensynet til ro, orden og sikkerhet bare kunne gi hjemmel for delvis utelukkning, som var en videreføring av gjeldende rett etter fengselsreglementet § 53.4. 1. Utvalgets begrunnelse for dette forstår jeg slik at de handlinger som er opphav til uro, som regel er av en slik art at delvis utelukkning skal være tilstrekkelig.⁵⁹ Jd fulgte ikke utvalgets forslag, de utvidet derfor isolasjonsadgangen i litra e) i forhold til gjeldende rett, men uten å presisere vilkåret.

Litra e) fremstår som en ”sekkebestemmelse” som hjemler de situasjonene som ikke er tilstrekkelig alvorlige eller presise til å omfattes av de andre alternativene.⁶⁰

4.2.4 Annet ledd

Alle alternativene kan føre til hel utelukkelse, men andre ledd lovfester proporsjonalitetsprinsippet som er nevnt i forbindelse med første ledd. Delvis utelukkning er mindre inngripende enn hel, og det skal derfor alltid vurderes om dette er tilstrekkelig for å oppnå formålet med isolasjonen. Dette hensynet blir også slått fast i forarbeidene. Hvis en innsatt ikke fungerer i en arbeid/skole situasjon, er det ikke gitt at vedkommende heller ikke kan delta i fritidsfellesskap, og omvendt. Fengselet har ikke hjemmel til å iverksette hel utelukkelse som incentiv for at den innsatte f.eks. skal jobbe.

Isolasjonen skal være i samsvar med formålet med tiltaket. Hvis dette er å unngå at en innsatt påvirker andre innsatte negativt under arbeidet, men ikke ellers, kan vedkommende ikke isoleres i fritiden. Fengselslovutvalget har gitt uttrykk for samme synspunkt. Utvalget mente også at ordlyden burde presisere hvilke fellesskaps situasjoner det kunne utelukkes fra, slik at den innsatte i minst mulig grad ble isolert og ikke mer enn nødvendig. De oppstilte tre former for fellesskap: Fellesskap under arbeid/skole, utendørsaktiviteter, og

⁵⁹ NOU 1988: 37 s. 228-229

⁶⁰ Eskeland, Ståle: Rettsikkerhet og fengselsmessige hensyn i den nye straffegjennomføringsloven, Juss-Buss-Tvers gjennom lov til seier-(JUB-2001-jb-98)

innendørsaktiviteter.⁶¹ Forslaget ble nevnt i forarbeidene, men ikke kommentert eller videreført.⁶²

4.2.5 Tredje ledd

Dette leddet er uttrykk for proporsjonalitetsprinsippet etter at tiltaket er iverksatt. Fengselet skal kontinuerlig vurdere om grunnlaget for utelukkelsen fortsatt er til stede for å sikre at ikke inngrepet er av lengre varighet enn nødvendig. Hvis utelukkelsen er av langvarig art, skal fengselet vurdere andre straffegjennomføringsformer eller overføring til et annet fengsel. Det blir ikke nærmere beskrevet i retningslinjene hva som ligger i langvarig, men det kan være naturlig å anse utelukkelsen som langvarig når fengselets rapporteringsplikt inntreffer etter fjerde ledd.

4.2.6 Fjerde ledd

Hvis hel isolasjon av en innsatt går utover 14 dager skal direktøren i den regionen i kriminalomsorgen som fengselet tilhører, avgjøre om isolasjonen skal opprettholdes. Å kunne få overprøvd et vedtak av et annet organ enn det som først fattet det, er et viktig rettsikkerhetshensyn. Når en samlet isolasjonsperiode overstiger 42 dager, skal KSF få beskjed om isolasjonssituasjonen. Fengselet skal da redegjøre for hvorfor de mener fortsatt utelukkelse er nødvendig, og opplyse om tilsynet av den innsatte, hvor mange ganger vedkommende er blitt sjekket av en lege, og få en nærmere uttalelse fra legen. De skal videre få denne beskjeden hver 14 dag så lenge isolasjonen opprettholdes. KSF kan overprøve vedtaket om å opprettholde utelukkelsen.

Utelukkelsen kan bare gå utover ett år om den innsatte selv ønsker det. For innsatte som har vært helt utelukket uten samtykke, og som har blitt prøvd ut i fellesskapet etter en ett års

⁶¹ NOU 1988:37 s. 228.

⁶² Ot.prp. nr. 5 s. 102

periode, må prøves ut i et annet fengsel før nytt vedtak om utelukkelse etter § 37 kan besluttes.

Fengselsutvalget hadde i sitt forslag til denne bestemmelsen satt en grense på 5 dager med mulighet for 5 dagers forlengelse, og 30 dager som øvre årlige grense for både partiell og hel utelukkelse.⁶³ Utvalget la vekt på at en tidsangivelse ville være et incentiv for fengslene til å finne alternative løsninger. Det er et faktum at en del fanger med psykiske problemer som soner i fengsel, burde vært underlagt psykiatrien. Utvalget fastholder at ingen situasjoner kan begrunne lengre tids isolasjon, verken ved rømningsfare eller hvor det er fare for skade av den innsatte eller andre.⁶⁴

Den endelige lovtekstens regulering av varighet er svært avvikende fra Utvalgets vurderinger, den gir praksis hjemmel for isolasjon på ubestemt tid, med unntak av en kortere periode hvor den innsatte må prøves ut i fellesskapet. Fungerer ikke dette skal innsatte prøves ut i et annet fengsels fellesskapsavdeling, for så å kunne isoleres for et nytt år om fengselet finner det nødvendig.

I høringsrunden til Jds utkast var de fleste instansene opptatt av ett års grensen, men med forskjellige motiver.⁶⁵ Regjeringsadvokaten uttrykte bekymring for innsattes rettssikkerhet, og innvendte at siden det ikke er regulert hvor lang tid det må gå fra første periode med utelukkelse avsluttes til den neste evt. begynner, setter ikke ett års grensen noen reell skranke for hvor lenge utelukkelse kan opprettholdes. Jd møter dette argumentet med å vise til rapporteringsplikten og overprøvelsesadgangen, de skriver videre at før en ny utelukkelsesperiode påbegynnes forutsettes det at den innsatte er ”prøvet ut” i fellesskapet. De viser også til at dette er en videreføring av gjeldende rett.⁶⁶

⁶³ NOU 1988: 37 s. 102.

⁶⁴ *ibid.* s. 227-228

⁶⁵ Regjeringsadvokaten, Statsadvokatembetet i Møre og Romsdal, Sogn og Fjordane, Juss-Buss, JURK, KROM, Vestre fengselsdistrikt, Ringerike fengsel.

⁶⁶ Ot.prp. nr. 5 s. 103.

I høringsutkastet var det ikke tatt inn i lovtekstens ordlyd at innsatte som ønsket å utelukkes lenger enn ett år hadde mulighet til det. Ringerike fengsel gjorde i sin høringsuttalelse Jd oppmerksom på denne problemstillingen, og at det var et behov for denne muligheten til frivillig forlenging. Jd inntok derfor et unntak fra ett års grensen i lovforslaget som senere ble vedtatt.

23. juni 2005 sendte KSF ut et skriv til alle Kriminalomsorgsregionene angående denne meldingsplikten.⁶⁷ KSF henviser til meldingsplikten slik den er å forstå av retningslinjene, og presiserer at det foreligger et minimumskrav til disse meldingene. De skal inneholde domfeltes sonings-straffedata, en angivelse av hvor lenge vedkommende har vært utelukket fra fellesskapet. Videre anføres det at meldingen må inneholde en angivelse av enten hvorfor den innsatte selv velger å være isolert, eller fengselets grunnlag for utelukkelse. Det er da ikke tilstrekkelig å henvise til det alternativet i § 37, 1. ledd som er anvendt. Faktum i saken og subsumsjonen tilhørende det aktuelle vilkåret må være med. Det er også et krav til meldingen om at den skal inneholde en beskrivelse av de tiltak som iverksatt for å kunne avslutte utelukkelsen, eller tiltak som er tiltenkt iverksatt.

4.2.7 Femte ledd

Er innsatte underlagt delvis utelukkelse, skal regionen varsles om utelukkelsen etter 30 dager. Fengselet skal da redegjøre for hvorfor delvis utelukkelse fortsatt er nødvendig. Hvis ikke regionen overprøver vedtaket, skal de få melding hver 14. dag utelukkelsen fortsetter (jfr. punkt 4.2.6).

4.2.8 Sjette ledd

Innsatte som er gjenstand for hel utelukkelse skal tilses av lege flere ganger i døgnet. Og ved innsettelsen skal en lege bli tilkalt umiddelbart. Det følger av forskriften § 3.35 at det er et overordnet mål når innsatte blir helt utelukket fra fellesskapet, at helseskadelige følger

⁶⁷ Se vedlegg nr. 1.

”...så vidt mulig blir forebygget eller bøtes på.” Innsatte det er særlig grunn til å tro kan ta skade av utelukkelsen skal ha hyppig tilsyn. Hvis den innsattes psykiske eller fysiske tilstand tilsier at det burde lempes på utelukkelsen, eller det burde prøves andre tiltak, skal helsepersonellet varsle fengselsledelsen om dette. Uttalelsene til helsepersonellet skal vektlegges.

Også dette leddet har en regel som skal ivareta proporsjonalitetsprinsippet, men de negative følgene skal bare forebygges såfremt det er mulig. Hensynene til fengselets situasjon vil gå foran fangens. Hvis det ikke er ressurser eller vedkommende blir ansett å være for labil til alternative aktiviteter med betjentene, vil vedkommende etter 6. ledd kunne pådras skadelige følger uten at fengselet har en plikt til å gripe inn.

4.2.9 Syvende ledd

Dette leddet hjemler kollektiv utelukkelse av et ubestemt antall innsatte. Dette vil være aktuelt hvis det oppstår situasjoner hvor flere innsatte begår, eller fengselet frykter at de vil begå handlinger som vil true sikkerheten i fengselet i alvorlig grad. Fangeopprør eller materielle skader på fengselet kan være situasjoner som fengselet kan legge til grunn. Som nevnt ovenfor under drøftelsen av første ledd skriver Jd at beviskravet for å iverksette kollektiv utelukkelse senkes til alminnelig sannsynlighetsovervekt.⁶⁸ Det blir også presisert i retningslinjene. I perioden for utelukkelse skal de innsatte som oppfattes som de mest aktive, om mulig overføres til andre fengsler, eller utelukkes i medhold av strgfjfl. §40.

Kollektiv utelukkelse kan også iverksettes hvis fengselet uventet blir rammet av bygningsmessige eller bemanningsmessige forhold. Dette grunnlaget skiller seg fra de andre grunnlagene ved at dette ikke kan relateres til en fange eller fangers atferd, og at det ikke har det forebyggende elementet.

⁶⁸ ibid. s. 104.

Situasjoner som nevnes i forarbeidene er brann, oversvømmelser, og ekstraordinær mangel på ansatte på jobb som gjør det sikkerhetsmessig uforvarlig å ha fellesskapssamvær. Dette skal bare iverksettes under særlige forhold, og fengselet skal i det lengste opprettholde fellesskapet. Dette kan ramme samtlige innsatte, en avdeling eller noen bestemte innsatte. Utelukkelsen kan vare i tre døgn og forlenges ytterligere av regionen med tre døgn. Utelukkelsen skal ikke vare lenger enn det som er nødvendig innenfor dette tidsrommet.⁶⁹

Fengselslovutvalget vurderte bygnings og bemanningsmessige forhold til ikke å kunne begrunne isolasjon som et forebyggende tiltak.⁷⁰

4.2.10 **Åttende ledd**

Hjemler adgangen til å utelukke én innsatt helt eller delvis når det er påkrevd som følge av bygnings eller bemanningsmessige forhold, eller hvis innsatte selv ønsker utelukkelse fra fellesskapet.

I det første alternativet krever ordlyden at tiltaket er *påkrevd*. Hva ligger i dette vilkåret? Verken retningslinjene eller forarbeidene kommenterer dette leddet særskilt. Strgjfl. § 37, 7. ledd omhandler kollektiv utelukkelse pga. *akutte* bygnings eller bemanningsmessige forhold. Ut fra en naturlig språklig forståelse kan vilkåret påkrevd forstås som et mindre strengt alternativ enn vilkåret akutt. Retningslinjene punkt 3.40 uttaler at det bare i ekstraordinære tilfeller at kollektiv utelukkelse kan iverksettes.

I forarbeidene redegjør Jd for hvorfor de vil opprettholde muligheten til å utelukke innsatte på grunnlag av bygnings- eller bemanningsmessige forhold, tross Fengselslovutvalgets forslag om ikke å la det være et forebyggende isoleringsgrunnlag.⁷¹

Jd anser det for nødvendig å ha med i bestemmelsen de tilfellene hvor det enkelte fengsel f. eks strever med underbemanning. Disse situasjonene kan ikke lastes de innsatte, men det

⁶⁹ *ibid.* s. 103

⁷⁰ NOU 1988: 37 s. 225

⁷¹ NOU 1988: 37 s. 225, og Ot.prp. nr. 5 s. 103.

blir likevel ikke ansett sikkerhetsmessig forsvarlig med bruk av fellesskap. Det blir eksplisitt uttalt at det skal skje helt unntaksvis, og at fengslene skal gjøre det de kan for å unngå denne type utelukkelse. Det blir i Jds redegjørelse ikke sondret mellom utelukkelse av en enkelt innsatt, eller flere.

Selv om det for fengselet vil være en mer krevende situasjon å isolere flere innsatte til forskjell fra en, er tiltaket for den enkelte innsatt like inngripende. Slik jeg tolker lovteksten i § 37, 7. og 8. ledd og forarbeidene, er det samme vurderingsgrunnlag for kollektiv og enkeltvis utelukkelse av innsatte etter strgf. § 37.⁷²

Det skal foreligge særlige grunner for utelukkelse etter eget ønske. Juridisk teori nevner ruspress og utrygghet som relevante situasjoner.⁷³ Det skal alltid vurderes om andre tiltak, som flytting til annen avdeling eller overføring til annet fengsel, er tilstrekkelig eller mulig.

I forarbeidene er det knyttet få kommentarer til begrunnelsen for dette alternativet, det er en videreføring av gjeldende rett, men varigheten av isolasjon i dette alternativet er kommentert, se fjerde ledd punkt 4.2.6.

På kort sikt kan det anføres at dette alternativet er av hensyn for de innsatte, ved å ha muligheten til å kunne sone uten å være en del av fengselsmiljøet. På den annen side, de forholdene som innsatte vanligvis vil fjerne seg fra, ruspress, utrygg stemning o.l. er forhold fengselet skal utbedre, selvvalgt isolasjon burde ikke være løsningen på slike problemer. Et annet moment er hensynet til den isolertes psykiske helsetilstand på lengre sikt, for etter en lengre periode i isolasjon vil den innsatte sjelden være bedre rustet til å delta i fellesskapsituasjoner.⁷⁴

⁷² i.c.

⁷³ Langset Storvik, Birgitte: *op.cit.* s. 156

⁷⁴ NOU 1988: 37 s. 72

4.2.11 Niende ledd

For innsatte i avdeling med særlig høyt sikkerhetsnivå, som blir hjemlet i § 10, kommer § 17 annet ledd til anvendelse ved utelukkelse fra fellesskapet. Det betyr bl.a. at tidsbegrensningen på ett år ikke kommer til anvendelse for disse fangene.⁷⁵

4.3 Setter lovteksten i straffegjennomføringsloven § 37 skranker for anvendelsen av isolasjon som et forebyggende tiltak

I forarbeidene skriver Jd at lovforslaget til strgf. § 37 gir en uttømmende angivelse av når isolasjon kan benyttes.⁷⁶ Når bestemmelsen er ment å være uttømmende, skal den ikke gis en videre anvendelse enn det som følger av lovteksten. Det kan stilles spørsmålsteget ved om det er tilfellet i § 37.

Alternativene a) til c) henviser konkret til hva handlingene skal inneholde eller resultere i, og vil ikke i kunne brukes ved andre handlinger eller situasjoner. Litra d) er ikke like konkret, men som nevnt ovenfor skal man i hovedsak være kjent med hvilke handlinger som er straffbare, og for fengselets del må de henviser til hvilket straffebud vedkommende er på vei til å bryte. Det siste alternativet i første ledd, (litra e) har som tidligere omtalt en ordlyd som kan romme de fleste situasjoner som kan oppstå i et fengsel, ”*opprettholde ro, orden og sikkerhet,*” og i stor grad også de som er regulert i de andre alternativene i 1. ledd.

Bestemmelsen gir i sin helhet inntrykk av at det i liten grad er de positivt angitte alternativene som kan begrense fengselets bruk av isolasjon i medhold av § 37.

Det forebyggende elementet er et annet moment ved bestemmelsen som gir den en vid anvendelse. Hjemmelens formål er å forhindre de beskrevne handlingene, slik at når

⁷⁵ CPT har bl.a. kritisert Norges bruk av lengre opphold på denne avdelingen. Se Report to the Norwegian Government on the visit to Norway carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 3 to 10 October 2005, s. 28-30.

⁷⁶ Lovforslaget ble vedtatt uendret med unntak av andre ledd som ble tatt inn senere, se Ot.prp. nr. 5 s. 102

fengselet treffer vedtak medhold av § 37, er ikke handlingene inntruffet. Dette kan for fengselet gjøre konkretiseringen av de ventede handlingene vanskeligere, mens for de innsatte kan det oppleves som en ytterligere inngripen at de blir isolert for handlinger de ikke har foretatt.

Adgangen til å isolere etter § 37 skal i forkant og under gjennomføringen veies opp mot nødvendigheten og omfanget av tiltaket. Denne forholdsmessighetsvurderingen er en skranke som er tatt inn i lovtekstens andre og tredje ledd, og i retningslinjene til § 37.

Skranken i seg selv er en erkjennelse av bestemmelsens inngripende karakter og at tiltaket skal brukes så sjelden, i så liten grad og for en så kort tid som mulig.

Forholdsmessighetsvurderingen skal bidra til å rettlede fengslene ved utøvelsen av skjønn. Vil det i den aktuelle situasjonen være tilstrekkelig med en advarsel, følger det av retningslinjene til § 37 at advarsel skal velges.

Hvor effektive er disse skrankene, sett ut fra regelens utforming? Vurderinger av forholdsmessighet gir også rom for et skjønn fengselet må uttøve. Det vil ved påklaging av et § 37 vedtak, kunne være vanskelig å nå frem med påstander om at tiltaket var uforholdsmessig på tidspunktet for utelukkelse, fordi den vurderingen som skal fungere som en skranke også er gjenstand for fengselets skjønnsmyndighet.⁷⁷

Strgjfl. § 37 har også en begrensning for isolasjonsbruken som ikke er gjenstand for en skjønnsuttøvelse. I utgangspunktet er den absolutte tidsbegrensningen for isolasjon etter § 37 på ett år. Hvis en innsatt fortsatt er isolert etter ett år, skal vedkommende prøves ut i fellesskapet igjen. De eneste unntakene fra ettårsskranken er for innsatte som selv ønsker å vær isolert utover ett år, og de innsatte som soner under særlig høyt sikkerhetsnivå. Ettårsskranken begrenser bare isolasjonens varighet for en kort periode. Hvis

⁷⁷ Eckhoff / Smith, op.cit. s. 367-368

fellesskapssamværet ikke fungerer, skal den innsatte overføres til et annet fengsel. Er heller ikke det en tilfredsstillende løsning, kan fangen isoleres for et nytt år.

Strgjfl. § 37 gir fengslene en meget vid og skjønsmessig adgang til å isolere innsatte på et forebyggende grunnlag, bestemmelsen setter selv ingen effektive skranker som kan begrense fengselets makt.⁷⁸

5 Uttalelse fra Sivilombudsmannen

5.1 Innledning

Stortingets ombudsmann skal påse at forvaltningen ikke øver urett mot den enkelte borger. Uttalelsene er ikke bindende, men likefullt anses uttalelsene som en viktig rettskildefaktor for forvaltningen, som i stor grad følger opp evt. kritikk.⁷⁹

Uttalelsene knytter seg til sivilombudsmannens sak 2006/993. Saken omhandler to utelukkelsesvedtak av samme innsatt med hjemmel i strgjfl. § 37. Disse uttalelsene er et eksempel på hvordan fengselet har uttøvet skjønn i en konkret sak, og Sivilombudsmannens vurdering av dette.

Det første vedtaket av 10. februar 2006 hadde hjemmel i § 37, 1. ledd, litra e). Delvis utelukkelse var i følge X fengsel nødvendig for å opprettholde ”ro, orden og sikkerhet.” Hendelsen som lå til grunn for inngrepet, var at vedkommende forsov seg for andre gang

⁷⁸ Ståle Eskeland har i sin bok *Strafferett*, 2. utg. 2006, s. 483 tatt opp denne problemstillingen. Eskeland skriver ikke mye om det, men konkluderer med at det ikke finnes noen skranker som effektivt kan begrense fengslets bruk av isolasjon som forebyggende tiltak, se også hans artikkel: Rettsikkerhet og fengselsmessige hensyn i den nye straffegjennomføringsloven, Juss-Buss Tvers gjennom lov til seier-(JUB-2001-jb-98)

⁷⁹ Eckhoff, op.cit. s. 231. Sivilombudsmannens uttalelser er også en rettskildefaktor Høyesterett kan legge vekt på, se f. eks. Rt. 1977 s.1035 (Sykejournaldommen), men domstolene anses for å stå friere i forhold til uttalelsene enn det forvaltningen gjør. Hensynet for det er at Sivilombudsmannens oppgave er å kontrollere forvaltningen. Se Boe, op.cit. s. 283

og derfor ikke overholdt arbeidsplikten. Det andre vedtaket er datert 16. februar og ble hjemlet i § 37, 8. ledd. Her ble den innsatte delvis utelukket fra fellesskapet pga plasshensyn.

Juss-Buss klaget begge hendelsene inn for Sivilombudsmannen. De anførte at det første vedtaket var en uforholdsmessig streng reaksjon. Brudd på aktivitetsplikten ved forsovelse var ikke et disiplinærbrudd av kvalifisert grad, og andre mindre inngripende tiltak burde bli prøvd ut først, jf. Forskriften § 3-35 og Kriminalomsorgens sentrale forvaltnings retningslinjer pkt. 3.40. Det andre vedtaket ble anført å ha blitt truffet uten at det forelå forhold av en slik grad at § 37, 8. ledd kunne få anvendelse.

5.2 Vedtak av 10. februar

Det første vedtaket reiser slik jeg ser det tre spørsmål som alle blir drøftet og besvart av sivilombudsmannen med henvisninger til regionens svarbrev og Juss-Buss' anførsler.

Det første spørsmålet er om unnlatt oppmøte til avgang/utlåsning er arbeidsnekt etter strgf. § 3, 3. ledd? Fengsel X mener det er en riktig tolkning, og regionen slutter seg til dette syn. Sivilombudsmannen uttaler at han finner denne tolkningen uproblematisk såfremt den innsatte blir gitt tilstrekkelig mulighet til å overholde aktivitetsplikten. Neste spørsmål er om arbeidsnekt kan kvalifisere til utelukkelse etter § 37? Med hjemmel i retningslinjene pkt. 3.40 slås det fast at brudd på aktivitetsplikten vil kunne falle innunder litra e), såfremt forholdet er så graverende at det forstyrrer ro, orden og sikkerhet.

Var situasjonen i dette tilfellet graverende nok til at utelukkelse var nødvendig, slik at andre mindre inngripende tiltak ikke var tilstrekkelig?

I den forbindelse redegjorde regionen for Fengsel X praksis rundt arbeidsnekt og følgene av det. Fengselet uttaler at praksisen har variert over årene. I en periode ble det ført en noe liberal praksis overfor innsattes arbeidsnekt, med det resultat at omfanget økte, da praksis

ble strammet inn, ble problemet tilsvarende mindre. Sivilombudsmannen merker seg redegjørelsen, men uttaler at vurderingen av om et tiltak er for strengt skal bygge på en konkret vurdering i hver enkelt situasjon.

Juss-Buss anfører at hendelsen ikke var av en så graverende karakter at utelukkelse etter § 37 litra e) var nødvendig. Kriminalomsorgen trekker frem at innsatte ved en tidligere anledning, som var nær i tid, hadde forsovet seg og da bare mottatt en muntlig advarsel. Det blir fra kriminalomsorgens side også påpekt at den innsatte ved ikke å oppfylle sin arbeidsplikt øver negativ innflytelse overfor sine medinnsatte. Denne påstanden blir ikke underbygget av noe faktum, og sivilombudsmannen legger derfor til grunn at anførselene fra kriminalomsorgen om negativ påvirkning fra den innsatte ikke gir grunnlag for utelukkelse.

Overføringen av den innsatte var fra avdeling D til avdeling A. I avdeling D hadde vedkommende skoleplass, som han mistet ved overføringen.

I fengselets begrunnelse for delvis utelukking, som regionen sluttet seg til, legges det vekt på kapasiteten til skoleavdelingen. Det er ikke skoleplasser til alle som ønsker det, og man prøver å tilby plass til de som kan nyttiggjøre seg av tilbudet. Det blir i den sammenheng lagt vekt på formålstjenligheten av å la en innsatt som ikke fullt ut får benyttet seg av tilbudet, fortsatt beholde plassen. Med den begrunnelse blir innsatte overført til avdeling A. Fengselet skriver også at mindre inngripende tiltak har blitt vurdert men ikke funnet tilstrekkelige.

Sivilombudsmannen kommenterer til dette at han mener fengselet her legger feil vurderingstema til grunn. Det er ikke en hensiktsmessighetsvurdering i forhold til fengselets kapasitet som skal foretas, men en vurdering av om mindre inngripende tiltak kan tre i stede for utelukkelse for å ivareta hensynet til ro, orden og sikkerhet.

Sivilombudsmannen skriver videre at det ikke ser ut som regionen har vurdert andre tiltak særskilt.

I fengselsdirektørens brev til regionen kommer det frem at fengselet har endret praksis. De erkjenner at når en overføring til avdeling A resulterer i at den innsatte mister skoleplass, er dette et enda større inngrep enn for de som er sysselsatt med annet enn undervisning. Avdelingslederen til den innsatte som vurderes for utelukkelse etter § 37, skal før tvangsoverføring iverksettes ta kontakt med den innsattes lærer eller noen andre tilsatte ved skoleavdelingen. Direktøren skriver videre at basert på de faktiske forhold i denne saken burde den innsatte blitt møtt med å bli låst inne på cellen sin til middagstider. Dette slutter regionen seg til.

Sivilombudsmannen ser på begge uttalelsene som en innrømmelse om at utelukkelse etter 37, 1. ledd litra e) var for streng, og er enig i konklusjonen. Forholdet den innsatte var utelukket i medhold av var ikke tilstrekkelig graverende til å utelukkes etter § 37, 1.ledd litra e). Kriminalomsorgen vurderte ikke mindre inngripende tiltak, som følger av forholdsmessighetsvurderingen i § 37, 3. ledd, men la i stede utenforliggende hensyn som hensiktsmessighet og kapasitet til grunn for vedtakets begrunnelse.

5.3 Vedtak av 16. februar

Da vedtaket av 10. februar 2006 opphørte, fattet fengselet samme dag et nytt vedtak om utelukkelse etter strgf. § 37, 8 ledd. Dette leddet hjemler hel eller delvis utelukkelse med grunnlag i bygnings- eller bemanningsmessige forhold, eller etter ønske fra den innsatte selv.

Vedtaket av 16. februar var begrunnet i plasshensyn. Den innsatte var underlagt delvis isolasjon i seks dager før han ble overført til en ordinær fellesskapsavdeling igjen. Den innsatte påklaget vedtaket. Vedkommende anførte at det bare er ekstraordnære situasjoner pga bygnings- eller bemanningsmessige forhold som kan gi grunnlag for isolasjon etter 8. ledd. Den 19. februar stadfestet regionen fengselets vedtak med den begrunnelse at: *«det er opp til fengselet å disponere ressursene på en best mulig måte» og at innsatte «i perioder [må] finne seg i at de har noe mindre felleskap og aktiviteter enn på en ordinær avdeling».*

Sivilombudsmannen uttaler at vedtaket var for en kort periode, og det var bare snakk om delvis utelukkelse. Han har ingen innvendinger mot regionens vedtak, verken lovtolkningen eller rettsanvendelsen synes å være problematisk.

5.4 Hva viser vedtakene om straffegjennomføringsloven § 37

Vedtak av 10. februar

Dette vedtaket viser generelt at vilkåret *ro, orden og sikkerhet* som hjemles i strgf. § 37, 1. ledd litra e) kan bli gitt en for vid anvendelse. I denne saken konkret anvendte fengselet feil hensyn i vurderingen, og utelot forholdsmessighetsvurderingen som i enhver situasjon hvor utelukkelse etter § 37 er aktuelt skal foretas.

Vedtak av 16. februar

Regionen anfører i avslaget av 19. oktober at fengselets disponering av ressurser på den best mulige måte, er et hensyn som begrunner utelukkelse i visse perioder. Det fremkommer ikke i hvilken grad denne disponeringen var påkrevd i den konkrete situasjonen. Generelt må det antas at det i forbindelse med denne type fengselshensyn i tillegg må inntre spesielle forhold som i den konkrete situasjonen nærmest ikke gir fengselet noe annet valg. Hvis fengslene kunne utelukke innsatte bare med den begrunnelsen at det er en hensiktsmessig bruk av ressurser, fremstår isolasjonsadgangen etter dette leddet som nærmest ubegrenset.

6 Forvaltningspraksis

6.1 Innledning

For å se hvordan strgf. § 37 faktisk blir anvendt, hadde jeg som mål å studere forvaltningspraksis. Denne rettskildefaktoren er i utgangspunktet relevant for oppgaven, og i mangel av rettspraksis kunne den fått betydelig vekt. Syv av åtte vedtak jeg har fått innsyn i fra KSF, er begrunnet i innsattes eget ønske om isolasjon, jfr. strgf. § 37, åttende ledd.

(Et av vedtakene er truffet i medhold av første ledd litra e) ro, orden og sikkerhet.) Det gir derfor svært få holdepunkter for å si noe om hvilke situasjoner som kan kvalifisere til isolasjon etter første ledd. I kraft av hjemmelsgrunnlaget er det heller ikke foretatt de store avveiningene rundt hensyn til den innsatte holdt opp mot fengselsmessige hensyn. Med tanke på det begrensede utvalget, hadde jeg ikke kunnet trekke slutninger på vegne av den totale praksisen, men det ville ha gitt et innblikk i skjønnsuttøvelsen ved avgjørelser angående strgjfl. § 37.

Utelukkelse iverksatt etter den innsattes eget ønske er ikke like prekært som i de ufrivillige tilfellene hvor begrunnelsen kan være mer uklar. På bakgrunn av vedtakenes begrensede anvendelsesområde og plasshensyn i oppgaven, velger jeg å ikke gå inn på disse vedtakene.

7 EMK art. 3: Forbud mot tortur og umenneskelig eller nedverdiggende behandling

7.1 Innledning

Da Norge 21. mai 1999 vedtok menneskerettsloven for å styrke våre internasjonale forpliktelser, førte det til at flere internasjonale konvensjoner gjelder som norsk lov, med forrang overfor formelle lover ved motstrid, jf. menneskerettsloven § 3.⁸⁰ De konvensjonene som er mest relevante for straffegjennomføring er Europarådets konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene, heretter kalt EMK, og FNs konvensjon om politiske og sivile rettigheter, heretter kalt SP.

EMK art. 3. setter et forbud mot tortur og umenneskelig og nedverdiggende behandling. Dette er den hjemmelen som blir påberopt krenket når isolasjon i fengsel blir klaget inn til Menneskerettighetsdomstolen i Strasbourg (EMD). Det vil derfor i denne oppgaven være relevant å tolke art. 3 for å se om den setter begrensinger for strgjfl. § 37.

⁸⁰ Møse, Erik: *Menneskerettigheter* 2002, s. 180 og 183

Art. 3.sin ordlyd definerer ikke begrepene tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling, men ved å bruke konvensjonspraksis gis man noen holdepunkter. Straffen eller behandlingen må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle, men det ses på hva slags tiltak som er satt i verk, hvor lenge det har pågått og hva slags følger det har mot den som rammes. Tortur er det groveste vilkåret, er ikke det oppfylt kan umenneskelig behandling være oppfylt, fra umenneskelig blir grensen trukket nedad mot nedverdiggende.⁸¹

7.2 **Menneskerettighetskommisjonen / domstolen**

7.2.1 **Innledning**

Menneskerettighetskommisjonen og senere Menneskerettighetsdomstolen har gjennom flere avgjørelser som strekker seg fra – 70 tallet og frem til i dag trukket grensen for når art. 3. er krenket.⁸² Dommen i avgjørelsene er bindene for partene, jfr. EMK art. 46.

Det er mange forskjellige grunnlag som påberopes overfor EMD for å vinne frem med at forhold er i strid med EMK art. 3. I de følgende avgjørelsene er isolasjon under frihetsberøvelse blitt påberopt som selvstendig grunnlag for brudd på EMK art. 3. De er derfor illustrerende for å se hvor inngrepende isolasjonstiltak må være for at EMK art. 3 anses krenket.

7.2.2 **Ensslin, Baader og Raspe v. Tyskland**

En av de første og viktig avgjørelsene er *Ensslin, Baader og Raspe v. Tyskland* fra 1978.⁸³ Saken omhandlet tre terrordømte personer som begikk selvmord etter tre år uten fellesskap med andre innsatte under varetekt og soning, grunnet fengselets frykt for væpnet angrep

⁸¹ *ibid.* s. 208

⁸² Reformen som trådte i kraft 1. november 1998 innebar bl.a. at Kommisjonen ble nedlagt og Domstolen overtok dens oppgaver og ble permanent, se Møse, Erik: *Menneskerettigheter* 2002, s. 109-110. Domstolens kompetanse følger av EMK art.19 (hvor det står at kun ett organ skal føre tilsyn med statenes forpliktelser.)

⁸³ 7572/76, Møse, Erik: *op. cit.* s. 220

utenfra av deres terrornettverk (Rote Arme Fraktion). I løpet av de tre årene hadde fangene hatt tilgang til tv, radio, trening utendørs, selskap av hverandre og besøk utenfra. Det forelå også legerapporter som konkluderte med at de ikke hadde fått noen skadelige virkninger. Kommisjonen mente at fengselets sikkerhetstiltak stod i forhold til den risiko fangene utgjorde, og kom til at isolasjonen verken var tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling. Avgjørelsen stiller også opp et generelt prinsipp. Hvis den isolerte er berøvet alle sanseinntrykk, i tillegg til total sosial isolasjon vil det kunne være så ødeleggende at det er et brudd på EMK art. 3.⁸⁴ I denne avgjørelsen slår Kommisjonen fast at isolering av en innsatt fra fellesskapet i seg selv ikke er et brudd på art. 3.

7.2.3 Kröcher and Möller v. Switzerland

En annen viktig avgjørelse er *Kröcher and Möller v. Switzerland* (1982). Kommisjonen uttalte seg om grensedragningen mellom isolasjon som er lovlig etter EMK art 3., og den ulovlige. De isolerte i denne saken var varetektsfengslet under svært strenge forhold. De var helt isolert og var verken i kontakt med hverandre eller andre i celler som var videoovervåket, vinduene tildekket og med kunstig lys på hele døgnet. De hadde ikke tilgang til medier som radio, tv eller aviser. Dette regimet pågikk i en måned før enkelte av tiltakene bortfalt.

Heller ikke her fant flertallet i Kommisjonen at EMK art. 3 var krenket. De uttalte at isolasjon i seg selv ikke er ulovlig og det ble vist til *Ensslin, Baader og Raspe v. Tyskland*, se ovenfor. Videre uttaler de at fullstendig isolasjon kombinert med frarøving av sanseinntrykk kan være en krenkelse. Grensen skal ikke trekkes etter ett kriterium, men etter en konkret vurdering i det enkelte tilfellet. Kommisjonen fant at de innsatte ikke var totalt frarøvet sanseinntrykk da cellene ikke var helt lydtette. Dette er til nå den avgjørelsen hvor frarøving av sanseinntrykk er satt mest på spissen, og Kommisjonen la til grunn en

⁸⁴ I.c.

svært høy terskel for å konkludere med brudd på EMK art. 3.⁸⁵ Mindretallet mente EMK art. 3 var krenket allerede etter den første måneden, da isolasjonen var på sitt mest intense.

7.2.4 **Messina mot Italia**

I saken *Messina mot Italia* (1999) var klager underlagt nesten total isolasjon fra andre medfanger fra november 93 til mai 98. I løpet av perioden ble noen av restriksjonene noe mindre vidtrekkende. I hovedsak hadde ikke klager tilbud om noen form for aktiviteter, meget strenge restriksjoner overfor besøk utenfra og ble jevnlig flyttet til en ny celle. EMDs beskrivelse av vilkåret for brudd på EMK art. 3. er i tråd med praksisen fra de ovenstående avgjørelser. Messina var underlagt relativ/delvis sosial isolasjon, men ikke frarøvet alle sanseintrykk på noen måte, og kunne derfor ikke høres i at han var gjenstand for umenneskelig behandling.

7.2.5 **Öcalan mot Tyrkia**

I *Öcalan mot Tyrkia* blir det oppstilt tre hensyn som det kan legges vekt på i vurderingen av tiltakets nødvendighet: Sikkerhet, disiplin og beskyttelse. I likhet med noe av det som er skrevet i de norske retningslinjene til strgjfl.⁸⁶ og som kan tolkes inn i formålsbestemmelsen, må man vurdere fengselets grunner til å isolere vedkommende fange opp mot fangens helse. Jo mer tungtveiende grunner fengselet har, jo mer er man vil villig til å la den innsatte tåle, jfr. proporsjonalitetsprinsippet/forholdsmessighet.

Når det gjelder de tre ovennevnte hensynene, er de sammenlignbare og ikke problematiske i forhold til vilkårene i strgjfl. § 37 som må være oppfylt for å i legge isolasjon. Sikkerhet, disiplin og beskyttelse er hensyn som ligger bak ordlyden i bestemmelsen.

⁸⁵ Møse, Erik: op. cit. s. 220.

⁸⁶ Ot.prp nr. 5 s. 28.

7.2.6 Rasch mot Danmark

I *Rasch mot Danmark* hadde isolasjonsperioden gått over 17 måneder pga rømningsfare. Her la også Kommisjonen vekt på alvorligheten av isolasjonsgrunnlaget, og holdt det opp mot varigheten av inngrepet. Den innsattes tilgang til tv, radio, besøk av familie og kontakt med ansatte ved fengselet førte til at Kommisjonen ikke fant art. 3 å være krenket, selv om de uttalte at 17 måneders isolasjon var uønsket lenge. Selv om Kommisjonen veier flere faktorer opp mot selve varigheten av isolasjonen, kan det likevel tenkes at en svært lang isolasjonsperiode i seg selv vil være tilstrekkelig for å konstatere brudd på EMK art. 3.⁸⁷

7.2.7 Dhoest mot Belgia⁸⁸ og Koskinen mot Finland⁸⁹

I *Dhoest mot Belgia* og *Koskinen mot Finland* blir det uttalt at frarøvelse av kontakt med andre innsatte ikke normalt vil utgjøre en krenkelse av art. 3. De omtalte avgjørelser hvor klager har vært helt isolert fra andre innsatte⁹⁰, viser at det må en helt ekstrem situasjon til for at det skal være umenneskelig eller nedverdiggende behandling. I *Dhoest mot Belgia* og *Koskinen mot Finland*, hadde fangene besøk av advokat, lege og ingen restriksjoner i forhold til besøk av familie.

7.3 Setter EMK art. 3 skranker for anvendelsen av straffgjennomføringsloven § 37

Strgjfl. § 37 isolerer enten delvis eller totalt fra resten av fangefellesskapet. Det er til nå ikke blitt konstatert brudd på EMK art. 3 når isolasjonen utelukkende består av isolasjon fra resten av fangefellesskapet. Det må i tillegg ikke foreligge noen form for sanseintrykk. Det vil nok være nokså lite sannsynlig med en situasjon i norske fengsler hvor den isolerte

⁸⁷ *ibid.* s. 15

⁸⁸ Sylvian Dhoest mot Belgia 10448/83

⁸⁹ Jarmo Koskinen mot Finland 20560/92

⁹⁰ Spesielt *Öcalan mot Tyrkia*, hvor klager var eneste fange på en øy, og *Bouajla mot Sveits*, hvor klager også befant seg på en øy, men med andre fanger på øya som han ikke hadde kontakt med.

er totalt fratrukket sansinntrykk, fordi det skal mye til før dette kriteriet er oppfylt jfr.

Kröcher and Möller v. Switzerland

En situasjon som kan være problematisk, er hvor en innsatt har vært totalt isolert over svært lang tid og ikke hatt tilgang på besøk. Hvor lang tid er ikke mulig å anslå, men med grunnlag i *Messina mot Italia*, hvor den innsatte satt fem og et halvt år isolert fra andre innsatte, må det antas at om varighet alene skal kunne krenke EMK art. 3. må den være av en betydelig varighet. I ovennevnte sak hadde den innsatte noe besøk utenfra. Tilsyn av lege og andre ansatte kan avhjelpe mangelen på besøk utenfra, og etter strgjfl. § 37, 6. ledd er det påbudt.

EMK art. 3. setter med dette en skranke for isolasjonsbruken etter strgjfl. § 37, men EMDs rettspraksis viser at terskelen for at art. 3. skal anses krenket er svært høy. Uten empiri fra praksisen vedrørende strgjfl. § 37, kan jeg i utgangspunktet ikke komme med påstander om EMK art. 3. blir brutt ved bruken av strgjfl. § 37 eller ikke. Med grunnlag i de avgjørelsene fra EMD som det er redegjort for ovenfor, vil både kravet til isolasjonens varighet og intensitet i form av manglende sansinntrykk kreve at de skrankene som allerede følger av regelen i § 37 ikke blir fulgt. Slik som ett års fristen og formålshensynet som skal føre til økt aktivitet og økt samvær med de ansatte.

Det er i juridisk teori uttalt at den grensen som flertallet i *Kröcher and Möller v. Switzerland* trekker opp, fører til at skrankene i art. 3 for statenes anvendelse av isolasjon nærmest blir illusoriske. Det blir videre pekt på at EMDs kommende praksis kan være på vei til å snu, og det i retning av en mindre restriktiv oppfatning overfor hva som er krenkende isolasjon etter EMK art.3.⁹¹

Et forhold som nevnes som er relevant i denne fremstillingen, er uttalelser fra FN's og Europarådets torturkomiteér.⁹²

⁹¹ Aall, Jørgen: *Rettsstat og menneskerettigheter*, 2004 s. 161

⁹² i.c.

8 FNs torturkonvensjon og Den europeiske torturkonvensjon

8.1 Innledning

I 1984 vedtok FNs generalforsamling FN-konvensjonen mot tortur (CAT), som 129 land, inkludert Norge har tiltrådt.⁹³

I konvensjonens art. 1 blir torturbegrepet definert, men ikke umenneskelig eller nedverdiggende behandling, men det følger av art. 16 at det også er forhold som skal bekjempes av statene. FN har med hjemmel i denne konvensjonens art. 17 nedsatt en egen torturkomité, Committee against torture, som foretar inspeksjoner i statene som har tiltrådt CAT. Komitéen utarbeider rapporter som beskriver hvordan medlemslandene ivaretar sine forpliktelser overfor menneskerettighetene.

Europarådet har med hjemmel i den europeiske torturkonvensjon (ECPT) som Norge har ratifisert, opprettet et eget overvåkningsorgan, Torturkomiteen (CPT).^{94 95} Konvensjonens formål er å forebygge brudd på EMK art. 3 ved å samarbeide med de tilsluttede statene. Ved å besøke steder hvor frihetsberøvelse finner sted, kan komiteen avdekke forhold de finner kritikkverdig, opplyse de ansvarlige og som regel får Komiteen en tilbakemelding på hvordan forholdene skal forbedres.⁹⁶

Komiteuttalelsers rettskildemessige vekt er noe omstridt. Høyesterett avsa nylig en kjennelse hvor de kom til at uttalelser fra FNs torturkomité i individklagesaker ikke er folkerettslig bindende.⁹⁷

⁹³ Den 10. desember 1984 vedtok FNs generalforsamling Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, (CAT) Jf. St.prp. nr. 69 (1985-86), se Møse, Erik: *op. cit.* s. 164.

⁹⁴ European Convention for the prevention of Torture and Inhuman or Degrading treatment or Punishment (ECPT), åpnet for undertegning 26. november 1987. For Norge trådte konvensjonen i kraft 1. august 1989, jf. St.prp. nr. 54 (1988-89), se Møse, Erik: *Menneskerettigheter*, 2002, s. 154.

⁹⁵ The European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT)

⁹⁶ Komiteen kan kritisere forhold som ikke nødvendigvis er brudd på EMK art. 3, men som likevel ikke er ønskelige, se Møse, Erik: *op. cit.* s. 219.

⁹⁷ HR-2008-00681-A

I forhold til klager til EMD vil de kunne ha betydning ved prøving av om EMK art. 3 er krenket, men ikke være avgjørende for resultatet.⁹⁸

Det er nå allerede i innledningen slått fast at Komitéuttalelser ikke kan binde stater, og derfor ikke kan sies å oppstille noen klar begrensning for bruken av isolasjon i medhold av strgjfl. § 37. Jeg vil i det følgende likevel foreta en sammenligning av CPTs og EMDs tilnærming og behandling av klager vedrørende om EMK art. 3 er krenket. Videre vil jeg redegjøre for noen uttalelser CPT og FNs torturkomité har rettet mot Norge i forbindelse med bruken av isolasjon i fengsel. Grunnlaget for å gjøre dette er at uttalelsene er en del av rettskildebildet i forhold til staters bruk av isolasjon selv om de er omstridt. Begge komiteene er nevnt i forarbeidene, og uttalelsene blir registrert av norske myndigheter.⁹⁹

8.2 Legger CPT den samme terskelen til grunn som EMD angående hva som er umenneskelig behandling etter EMK art. 3

8.2.1 Innledning

Jeg vil drøfte to saker som både EMD og CPT var involvert i.

8.2.2 *Messina mot Italia*

En interessant avgjørelse fra EMD er *Messina mot Italia*. EMD kom til at EMK art. 3 ikke var krenket, men i avgjørelsen har de inntatt en rapport som CPT hadde utferdiget etter et besøk i det gjeldende fengselet, og det regimet Messina var underlagt. Rapporten inneholder sterk kritikk av fengselet og det regimet EMD konkluderte med at ikke var

⁹⁸ Jebens, Sverre Erik: *Menneskerettigheter i straffeprosessen*, 2004 s. 249

⁹⁹ Ot. prp. Nr. 5 s. 14

brudd på EMK art. 3. CPT skriver: "*This regime...is among the harshest that the CPT has come across to date.*" ."¹⁰⁰

Komiteen trekker først frem varigheten av isolasjonen som meget lang. De anbefaler at tiltak blir iverksatt straks for å tilby de innsatte meningsfulle aktiviteter og menneskelig kontakt. Det blir stilt spørsmålsteget ved de meget strenge restriksjonene for besøk utenfra, og mangelen på arbeid og aktiviteter. Komiteen har vanskelig for å se at målet med isoleringen oppnås ved de midlene som benyttes. Det uttalte målet er å forhindre kontakt mellom Messina og hans kriminelle miljø.

Det er spesielt passiviseringen av de innsatte gjennom mangel på tilbud i fengselet som blir trukket frem som formålsstridende. Domstolen gir tilsvar på dette punktet i dommen, og sier seg uenig i at formålet ikke oppnås, og slutter seg til argumentasjonen til italienske myndigheter. De mente Messina gjennom hele den fem og et halvt år lange isoleringsperioden ville prøve å reetablere kontakt med kriminelle miljøer.

I forbindelse med virkningene av et slikt regime for den enkelte fange, uttaler Komiteen at isoleringstiltakene blir ansett å kunne fremprovosere negative følger for fangenes mentale helse. Komiteen ber avslutningsvis om at hele fengselsregimet blir revurdert.

8.2.3 **Aerts mot Belgia**

Denne dommen fra EMD illustrerer forskjellen mellom konklusjonene til Domstolen og CPT. Den omhandler ikke isolasjon, men et opphold i en psykiatrisk avdeling i et fengsel som klager mente var i strid med EMK art. 3. Klager fikk ikke medhold av Domstolen, som mente forholdene klager levde under ikke var av en slik umenneskelig eller nedverdiggende karakter at han kan ha blitt påført ytterligere psykiske plager. Komiteen mente forholdene

¹⁰⁰ The report to the Government of Italy relating to the visit made by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) to Italy from 22 October to 6 November 1995 (published on 4 December 1997)

var under det minimum en stat etter en menneskelig og etisk standard er forpliktet til å opprettholde.¹⁰¹

8.2.4 Grunnlaget for forskjellene mellom EMD og CPT

Hvis CPT kommer med kritikk og anbefalinger til en medlemsstat etter et besøk, knyttes de ikke direkte opp mot de enkelte artiklene i EMK. Komitéen viser til forholdene den synes er problematiske og som de mener må rettes på. På denne måten vil man ikke kunne peke på en konkret uenighet om bestemmelsen. Dette må igjen ses i lys av rollene som domstolen og komitéen innehar. Domstolen skal overfor enkeltmennesker i konkrete situasjoner bedømme om bl.a. EMK art. 3. er overtrådt, mens komitéen skal ha et mer forebyggende mål for øye. Det vil da være formålstjenlig å reagere på forhold som etter konvensjonspraksis ikke er brudd på EMK, mens som likevel ikke er ideelle.

8.3 CPTs siste besøk i Norge

Komiteen har gjennomført fire besøk i Norge de siste 15 årene.¹⁰² De har besøkt politiarrester, institusjoner for psykisk syke og fengsler. Jeg vil trekke frem noe av den seneste kritikken som er rettet mot Norge vedrørende isolasjon under frihetsberøvelse i fengsel.

8.3.1 CPT rapport fra 2005¹⁰³

Komiteen besøkte Ringerike, Ila og Trondheim fengsel i perioden 3.-10. oktober.

¹⁰¹ Se Møse, Erik: op. cit. s. 219.

¹⁰² 1993, 1997, 1999, 2005.

¹⁰³ Report to the Norwegian Government on the visit to Norway carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 3 to 10 October 2005.

8.3.2 Ringerike fengsel

På Ringerike fengsel fant komiteen lite tilfredsstillende forhold i avdeling A.¹⁰⁴ Kritikken knytter seg til mangelen på aktiviteter. En times lufting per dag, 40 minutter i trimrom en til to dager i uken alene, og de resterende 22-23 timene på cellen.

Komiteen trekker frem et eksempel hvor en innsatt var plassert i avd. A i medhold av strfgjl. § 37 for en ukjent periode, men som grunnet plassmangel i resten av fengselet måtte bli værende i avd. A i 77 dager etter at utelukkelsesperioden var slutt, men under det samme regimet som etter § 37. Den innsatte i denne saken og de andre innsatte på avd. A, som soner under et regime som i praksis fortone seg som isolasjon etter § 37, men uten at det blir truffet vedtak overfor. Det fører til at det ikke blir rapportert inn til regionen eller KSF jfr. § 37, 4. ledd. Det vil også være i strid med forholdsmessighetsprinsippet i strgjl. § 37, 3. ledd, hvor det står at utelukkelsen ikke skal opprettholdes lenger enn nødvendig.

8.3.3 Trondheim fengsel

Komiteén nevner ikke strgjl. § 37 spesielt, men også her var det innsatte som sonet under forhold som i praksis er isolasjon fordi de ikke har jobb eller skole, og må i dette tidsrommet være låst inne på cellen. I rapporten skriver komiteén at de mener innsatte må få tilbrakt minst 8 timer utenfor sin celle daglig, både de i varetekt og de som soner dom, men vektlegger hensynet til sistnevnte gruppe spesielt.

8.3.4 Norges respons til Komiteen¹⁰⁵

Justisdepartementet imøtegikk CPT sin kritikk og sa seg enig i at forholdene for isolerte fanger ikke har vært tilfredsstillende. De forklarer de mange timene på cellene delvis med at det ikke har vært nok ansatte og at det har vært vanskelig å skaffe kvalifisert personell.

¹⁰⁴ Avdeling A ved Ringerike fengsel har nyankomne innsatte, innsatte som er utelukket fra fellesskapet etter div. hjemler og de som til enhver tid sitter på særlig høyt sikkerhetsnivå.

¹⁰⁵ Response of the Norwegian Government to the report of the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading treatment or Punishment (CPT) on its visit to Norway from 3 to 10 October.

Videre skriver de at Ringerike fengsel for å forbedre forholdene har planer om å utvide tilgangen til trimrom, aktivitetsgrupper og at biblioteket skal bli bedre. De vil også forsøke å tilby mer relevante studier, og besetningen på avdelingen skal økes. Avslutningsvis føyes det til at fengselet ser på muligheten til å opprette et felles oppholdsrom i avdelingen.

8.4 FN-komiteés siste besøk i Norge¹⁰⁶

Komiteén uttrykker bekymring i forhold til bruken av forebyggende isolasjon. Grunnlaget for bekymringen er mangelen på troverdig dokumentasjon som kan påvise tiltakets effekt. De ber norske myndigheter om detaljert statistikk som kan verifisere effekten av isolasjon som et forebyggende tiltak.

Komiteén uttaler seg positivt om at adgangen til å iverksette isolasjon som refselse ikke lenger er til stede i norsk straffegjennomføring. Dette vil jeg komme tilbake til lenger ned.

8.5 Kan komitéuttalelsene sette skranker for strgfjfl. § 37

Den rettskildemessige situasjonen rundt komiteene og deres uttalelser blir drøftet innledningsvis. Selv om ikke komitéuttalelser ført i en konkret sak ikke kan binde medlemsstatene, er det ikke gitt at de kan utøve påvirkning som får følger for rettstilstanden. CPT har lenge vært opptatt av isolasjonsbruken til Norge, men fortrinnsvis under varetekt. Komiteés gjentatte kritikk var en medvirkende faktor til at straffeprosessloven § 186 og § 186 a ble endret.¹⁰⁷ Det er også en mulighet at uttalelsene kan sette skranker på en mindre åpenlys måte. Kritikk fra CPT trenger ikke å kulminere i lovendring, det kan frembringe et rundskriv, notat eller på annen måte gi signaler til vedkommende organ at den kritiserte praksis må endres.

¹⁰⁶ Conclusions and Recommendations: COMMITTEE AGAINST TORTURE, Thirty –ninth session, Geneva, 5-23 November 2007 s. 3

¹⁰⁷ Aall, Jørgen op.cit. s. 161

CPT kritiserte både Ringerike og Trondheim fengsel for regimet som isolerte innsatte medhold av strgf. § 37, og innsatte som var plassert på samme avdeling og levde under. (2005) Komitéen trekker frem de innsatte som ikke var utelukket i medhold av § 37, men som i praksis var isolert. Et likt forhold ble klaget inn for Sivilombudsmannen i 2007, og i et skriv tilbake utreder region sør for den ulike praksisen, og uttaler at de jobber med å fjerne forskjellene (vedtak av 25.01.08).

Om det foreligger noen sammenheng mellom komitékritikken og regionens uttalelser kan jeg ikke uttale meg konkret om. Komitéuttalelsene kan i en gitt situasjon kritisere strgf. § 37 i den grad at enten bestemmelsen eller anvendelsesområdet på annen måte endres.

9 Rettspolitisk vurdering

9.1 Innledning

Med utgangspunkt i at strgf. § 37 er en bestemmelse med få beskrankninger i anvendelsen, ønsker jeg å supplere redegjørelsen om gjeldende rett med andre forhold med relevans for en rettspolitisk vurdering. Jeg vil her trekke inn forhold knyttet til åpenheten rundt inngrepet og noe enkel statistikk om omfang. Etter min oppfatning er slike rettspolitiske vurderinger viktige nettopp fordi fengselsstraff i utgangspunktet er et vesentlig inngrep overfor den enkelte. Hvis man skal utsettes for ytterligere inngrep, er det av største betydning at den innsattes rettssikkerhet ivaretas på en tilfredsstillende måte, ikke minst fordi man som fange har begrensede muligheter for åpen kommunikasjon med samfunnet forøvrig.

9.2 Informasjon og statistikk

I kap. 3 redegjorde jeg for lovtekstens (§ 37) anvendelsesområde. Bestemmelsen fremstod i sin helhet som svært vid. Ett isolasjonsalternativ, nemlig første ledd, litra e, isolasjon kan

iverksettes for å opprettholde *ro, orden og sikkerhet*, bidrar spesielt til dette. Min tolkning av dette vilkåret er at det fremstår som et upresist og vidt alternativ som kan benyttes overfor nær sagt alle situasjoner fengselet finner uønskede. Det er derfor relevant å se om litra e) er ofte brukt i forhold til de andre alternativene i første ledd.

Tidlig i arbeidsprosessen anmodet jeg KSF om statistikk over den totale bruken av strgjfl. § 37. Etter konsultasjoner med sitt regionale nivå, svarte KSF at dette tallmaterialet ikke var tilgjengelig uten at det ble kvalitetssikret. Materialet viste bare antallet vedtak og ikke varigheten. I flg KSF kunne kvalitetssikring i prinsippet gjennomføres, men de ønsket ikke å iverksette slikt arbeid fordi det ville være meget krevende. Dette ville dessuten medføre at jeg ikke ville kunne nyttiggjøre meg av opplysningene i denne oppgaven.¹⁰⁸

Nettopp dette forholdet - at ikke det finnes tilgjengelig statistikk eller undersøkelser i forhold til isolasjon etter strgjfl. § 37 - er blitt påpekt av FNs torturkomité. I sin siste rapport etterlyser komiteen statistikk som kan påvise at isolasjon som forebyggende tiltak har en effekt.¹⁰⁹

Som en alternativ løsning fikk jeg fra Oslo og Ringerike fengsel oversendt opplysninger om antallet vedtak truffet i 2007 i medhold av strgjfl. § 37. Materialet fra Oslo viser hvilket alternativ i § 37 som er grunnlaget for utelukkelsen, mens statistikken fra Ringerike bare viste varigheten, men med en påtegning om at det i hovedsak omhandler vedtak med grunnlag i strgjfl. § 37 1. ledd litra e) "...*ro, orden og sikkerhet*." Begge fengslene begrunnet den ufullstendige statistikken med at ytterligere opplysningene må innhentes ut fra en gjennomgang av ett og ett vedtak.¹¹⁰

I Oslo fengsel ble det i løpet av 2007 truffet i alt 147 vedtak etter strgjfl. § 37 (ikke begrenset til 1. ledd). Av disse var 114 hjemlet i litra e), 25 i litra b), 1 i litra c), 4 i litra d)

¹⁰⁸ Denne informasjonen har jeg fått gjennom telefonsamtaler med Finn Dotssetsveen i KSF.

¹⁰⁹ Conclusions and Recommendations: COMMITTEE AGAINST TORTURE, Thirty-ninth session, Geneva, 5-23 November 2007 s. 3

¹¹⁰ Se vedlegg 2 og 3 (Kontaktperson i Oslo fengsel var ved rådgiver Einar Bakkevig, og i Ringerike fengsel ved underdirektør Marit Rossehaug)

og én etter 8. ledd (utelukkelse etter eget ønske, eller bemannings- og bygningsmessige forhold).

I Ringerike fengsel ble det truffet i alt 48 vedtak etter strgjfl. § 37, 1. ledd i løpet av 2007. Som nevnt ovenfor differensierer ikke statistikken mottatt fra Ringerike fengsel mellom de ulike alternativene i første ledd, men i dokumentet er det påtegnet at disse i all hovedsak er hjemlet i litra e).

Denne begrensede informasjonen om bruken av strgjfl. § 37 i norske fengsler viser en klar tendens til at litra e) er oftest anvendt som grunnlag for isolasjon etter § 37. Er denne tendensen problematisk?

9.3 Er utstrakt bruk av strgjfl. § 37 litra e) problematisk

Fengselsutvalget uttalte (se punkt 1.3) i forbindelse med utformingen av hjemmel til isolasjon som forebyggende tiltak, at bestemmelsen skulle angi presise uttømmende materielle vilkår.¹¹¹ Begrunnelsen for dette er at hjemmelen ikke skal kunne benyttes til å isolere innsatte i situasjoner som ikke er angitt i bestemmelsen og som ikke er tilstrekkelig graverende.

Uten nærmere studier av vedtak truffet med hjemmel i § 37, 1.ledd litra e), er det ikke mulig å hevde at man generelt sett utelukker på bakgrunn av situasjoner som ikke er alvorlige nok. Det er likevel grunn til å stille spørsmål ved hvorfor litra e) i så stor grad blir brukt til fordel for de andre vilkårene. Jeg vil ikke her gjenta drøftelsene rundt strgjfl. § 37 første ledd, (se punkt 4.2.3) men nevne noen mulige virkninger av en utstrakt bruk av alternativet i litra e).

Det er mulig fengslene utvikler en praksis hvor alternativet *ro, orden og sikkerhet* blir anvendt overfor mindre alvorlige situasjoner. En nærliggende mulighet er at avsluttede

¹¹¹ NOU 1988: 37 s. 72-73

handlinger som utgjør disiplinærbrudd, møtes med utelukkelse etter § 37, 1.ledd litra e) Slike disiplinærbrudd skal ikke møtes med forebyggende isolasjon, men evt. med en reaksjon etter strgf. §§ 39 eller 40. Disse bestemmelsene anses å være mindre inngripende enn § 37. Hvis det er riktig at § 37 dermed gis et annet innhold og en annen anvendelse enn ordlyden og retningslinjene anviser, og i forhold til intensjonene i forarbeidene (se oppgavens punkt 4.2.3), er det interessant å vurdere disse bestemmelsene nærmere i sammenheng.

9.4 **Straffegjennomføringsloven §§ 37 og 40 sett i sammenheng med Fængselslovens § 26**

Fængselsloven § 26 ble endret da strgf. kom i 2001. Denne paragrafen gav adgang til fulldøgns enerom i inntil en måned som reaksjon på brudd på orden og disiplin i fengselet. Strgf. § 40 tilsvarer § 26, med den endring at isolasjon som reaksjon på brudd bare kan gis fra fritidsfellesskapet, ikke fellesskapet som helhet. Endringen ble begrunnet i de alvorlige skadevirkningene isolasjon har over lengre tid.¹¹² 9 av de 13 høringsinstanser støttet forslaget. Strgf. § 40 er en bedre løsning enn fl. § 26, men de samme hensynene gjør seg gjeldende overfor § 37, som fortsatt hjemler fulldøgns enerom.

Ved å fjerne muligheten for hel utelukkelse som disiplinærreaksjon, men ikke for å forebygge mulige handlinger i fremtiden, er det en mulighet for at § 37 kan bli brukt som substitutt for fl. § 26. Hvis det skulle være tilfellet, ville den påtenkte endringen ikke få reelle følger. Det ville her vært relevant å sammenligne omfanget av utelukkelse etter fl § 26 og etter fængselsreglementet § 53.4-53.11 (hjemmelen for isolasjon på forebyggende grunnlag) med antallet utelukkelse etter § 37. Hvis omfanget av § 37 har økt, kan det være en indikator for at § 37 også blir brukt som reaksjon på brudd. Dessverre var ikke et slikt materiale tilgjengelig.

¹¹² Ot.prp. nr. 5 s. 107

Fengselsutvalget skrev i NOUen at det ikke forelå tilstrekkelig materiale til å utarbeide statistikk over utelukkelse etter fengselsreglementet.¹¹³ Utvalget skrev videre at praktiseringen av isolasjon som forebyggende tiltak etter fengselsreglementet var ulik i de forskjellige fengslene. Den ble blant annet brukt som disiplinærstraff i tillegg til fl. § 26. Utvalget begrunnet den ulike praksisen med at bestemmelsene i fengselsreglementet var meget skjønnsmessig utformet. Hvis vi trekker en parallell til dagens situasjon rundt strgf. § 37, som også er en meget skjønnsmessig bestemmelse, og den samme mangel på statistikk, kan det se ut som om historien gjentar seg.

9.5 Avsluttende betraktning

I tidligere fengselslovgivning var det mer akseptert at de innsatte ikke hadde tilnærmet like rettigheter som borgerne utenfor murene, og at fengselet hadde stor tvangsmakt. Dagens samfunn er gjenstand for en økende rettsliggjøring.¹¹⁴ Med dette menes at deler av vårt samfunn som ikke tidligere ble regulert av lover, nå blir det. Dette har kommet til uttrykk særlig gjennom et fokus på mer rettighetslovgivning. Fengselsrettens område er ikke et felt som nylig har blitt hjemlet i lov, men det har kommet til uttrykk et økt fokus på enkeltindividets rettigheter, blant annet gjennom forarbeidene til strgf.

Så lenge fengselsopphold innebærer at enkeltmennesker fratras store deler av sin selvbestemmelsesrett, og underlagt andres vilje, vil de innsatte alltid være mer sårbare overfor overgrep enn andre mennesker. Det er derfor viktig at bestemmelser som gir fengselet adgang til ytterligere frihetsberøvelse, er så klare som mulig.

Jeg mener å ha vist at Straffegjennomføringsloven § 37 etter gjeldende rett setter få skranker for anvendelsen. Jeg har også funnet noen tendenser i praksis som støtter dette. Departementet var i forarbeidene klar på at rettstilstanden skulle bedres for de innsatte ved utforming av en mer presis bestemmelse enn den foregående. Slik jeg ser det, la det

¹¹³ NOU 1988: 37 s. 226

¹¹⁴ *Makten og demokratiet* 2003. Engelstad, Fredrik; Selle, Per & Østerud, Øyvind. (Maktutredningen)

forberedende utvalg enda større vekt på disse hensynene. Bestemmelsen har likevel fått en utforming som sammen med stor grad av skjønnsmyndighet vanskelig gir den et presist og uttømmende anvendelsesområde.

10 Register over dommer av Den europeiske menneskerettighetskommisjon og EMD

Ensslin, Baader og Raspe mot Tyskland DR 14 1979 s. 64

Kröcher og Möller mot Sveits DR 34 1983 s. 24, 8463 1978

Sylvian Dhoest mot Belgia 10448/83

Jarmo Koskinen mot Finland 20560/92

Rasch mot Danmark 11.03.85

Messina mot Italia

Öcalan mot Tyrkia

Aerts mot Belgia 30.07.1998 RJD 1998 s. 1939 (EMD)

11 Litteraturliste

Eskeland, Ståle: *Strafferett*, 2. utg., Oslo 2006

Jebens, Sverre Erik: *Menneskerettigheter i straffeprosessen*, 2004

Aall, Jørgen: *Rettsstat og menneskerettigheter*, 2004

Eckhoff / Smith: *Forvaltningsrett*, 7. utgave, 2003

Langset Storvik, Birgitte: *Straffegjennomføring etter lov av 18. mai 2001*, 2003,

Møse, Erik: *Menneskerettigheter*, 2002

Eckhoff, Torstein: *Rettskildelære*, 5. utg. ved Jan Helgesen 2001

Andenæs, Johs.: *Statsforfatningen i Norge*, 8. utg., Oslo 1997

Boe, Erik: *Innføring i juss, juridisk tenkning og rettskildelære*, 1996

Eskeland, Ståle: *Fangerett*, 1989

Christie, Nils: *Pinens begrensninger*, 1982

12 Vedlegg

1-Skriv fra Kriminalomsorgens sentrale forvaltning (Vedrørende meldinger om bruk av utelukkelse etter straffgjennomføringsloven § 37) datert 23.06.2005.

2-Utskrifter fra Oslo fengsel (Statistikk for 2007-strgjfl. § 37) datert 09.04.2008.

3-Skriv fra Ringerike fengsel (Hel utelukkelse i medhold av straffgjennomføringslove § 37 første ledd) datert 08.04.2008.



Alle kriminalomsorgsregionene

Deres ref:

Vår ref:
200504506 D EL/GEK

Dato:
23.06.2005

VEDRØRENDE MELDINGER OM BRUK AV UTELUKKELSE ETTER STRAFFEGJENNOMFØRINGSLOVEN § 37

Kriminalomsorgens sentrale forvaltning (KSF) viser til straffegjennomføringsloven § 37, 4. ledd der det fremgår at dersom hel utelukkelse av en domfelt fra fellesskapet overstiger 42 dager, så skal tiltaket meldes til KSF. Melding skal deretter gis til KSF med 14 dagers mellomrom.

Av retningslinjene til denne bestemmelsen fremkommer det videre at det i denne meldingen skal "redegjøres for den aktuelle utelukkelsessituasjonen og gis en begrunnelse for hvorfor fortsatt utelukkelse fra fellesskapet er nødvendig. Det skal opplyses om hvordan tilsyn utført av tilsatte gjennomføres, og om når innsatte har vært tilsett av lege, samt en nærmere redegjørelse for legens uttalelse om innsattes helsetilstand".

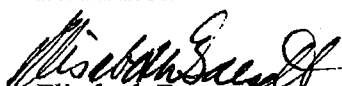
KSF ønsker å presisere at slike meldinger som et minimum skal inneholde informasjon om den domfeltes sonings- og straffedata, samt en korrekt angivelse av hvor lenge vedkommende har vært utelukket fra fellesskapet.

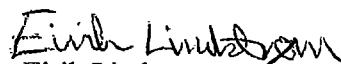
Videre må den aktuelle meldingen inneholde en angivelse av hvorfor domfelte ikke ønsker fellesskap eller hvorfor fengselet mener det er nødvendig å isolere han. Dette innebærer mer enn et krav om å innta en henvisning til strgfjl. § 37, 1. ledd og den av bokstavene a-e som domfelte er utelukket i medhold av. Meldingen må i tillegg inneholde en beskrivelse av det faktum i saken som utgjør grunnlaget for at man mener situasjonen faller inn under den aktuelle bestemmelsen.

Endelig er det viktig at meldingen inneholder en beskrivelse av de tiltak som er iverksatt, eller som eventuelt vil bli iverksatt, for å bringe den aktuelle utelukkelsen til opphør.

Vi ber om at den enkelte region informerer lokalt nivå om innholdet i dette brev.

Med hilsen


Elisabeth Barsett
underdirektør


Eirik Lindstrøm
rådgiver



Kriminalomsorgen
Oslo fengsel

Nora Hallen
Akersveien 24d
0177 Oslo

Deres ref:

Vår ref:
08/1373-1/603/EB

Dato:
09.04.08

STATISTIKK FOR 2007 – STRGJFL. § 37 I OSLO FENGSEL

Det vises til telefonsamtaler.

Vedlagt følger statistikk over bruken av strgjfl. § 37 i Oslo fengsel i 2007.

Vi gjør oppmerksom på at ansatte her med jevne mellomrom bruker feil kode når de legger inn hendelser i datasystemet. Av den grunn er statistikken trolig ikke korrekt. Statistikken viser allikevel hovedtendensene om bruken av strgjfl. § 37.

Vi ønsker deg lykke til med masteroppgaven.

Med vennlig hilsen


Einar Bakkevig
rådgiver

Region øst

Postadresse:
PB 9292, Grønland
0134 Oslo

Besøksadresse:
Åkebergveien 11

Telefon: 23 30 15 00
Telefaks: 23 30 15 99

Saksbehandler:
Einar Bakkevig

Org.nr: 874718602

HENDELSER/JOURNALER

Insattkategori: Alle



09.04.20(09:39

Fra fengsel: 8110 Oslo fengsel

Til fengsel : 8110Oslo fengsel

Fra dato: 01.01.2007

Til dato : 31.12.2007

Skrevet ut av: Einar Bakkevig

Fengsel/Hendelse	Dom	Varetekt	Sikr./forv.	Andre	Totalt
8110 Oslo fengsel					
JOUR UIF NPÅV Innskrenkning/Utelukking fra fellesskap mm./Utelukket pga. negativ påv	0	1	0	0	1
Totalt Oslo fengsel	0	1	0	0	1
Sum region Ø	0	1	0	0	1

§ 37 a

HENDELSER/JOURNALER

Insattkategori: Alle



09.04.2011 09:26
Fra fengsel: 8110 Oslo fengsel
Til fengsel : 8110Oslo fengsel

Fra dato: 01.01.2007 Til dato : 31.12.2007

Skrevet ut av: Einar Bakkevig

Fengsel/Hendelse	Dom	Varetekt	Sikr./forv.	Andre	Totalt
8110 Oslo fengsel					
JOUR UJF HSSA Innskrenkning/Utelukking fra fellesskap mm./Utelukket for å hindre ska	15	10	0	0	25
Totalt Oslo fengsel	15	10	0	0	25
Sum region Ø	15	10	0	0	25

§ 37 b

HENDELSER/JOURNALER

Insattkategori: Alle



09.04.2010 09:25

Fra fengsel: 8110 Oslo fengsel

Til fengsel : 8110Oslo fengsel

Fra dato: 01.01.2007

Til dato : 31.12.2007

Skrevet ut av: Einar Bakkevig

Fengsel/Hendelse	Dom	Varetekt	Sikr./forv.	Andre	Totalt
8110 Oslo fengsel					
JOUR UIF HBMS Innskrenkning/Utelukking fra felesskap mm./Utelukket for å hindre bet	0	1	0	0	1
Totalt Oslo fengsel	0	1	0	0	1
Sum region Ø	0	1	0	0	1

for å hindre betydelig skade § 37c

HENDELSER/JOURNALER

Insattkategori: Alle

09.04.201 09:36

Fra fengsel: 8110 Oslo fengsel

Til fengsel : 8110Oslo fengsel

Fra dato: 01.01.2007

Til dato : 31.12.2007

Skrevet ut av: Einar Bakkevig

FengselHendelse	Dom	Varetekt	Sikr./forv.	Andre	Totalt
8110 Oslo fengsel					
JOUR UIF HSHA Innskrenkning/Utelukking fra fellesskap mm./Utelukket for å hindre str	3	1	0	0	4
Totalt Oslo fengsel	3	1	0	0	4
Sum region Ø	3	1	0	0	4

§ 37 d

HENDELSER/JOURNALER

Insattkategori: Alle



09.04.201 09:37

Fra fengsel: 8110 Oslo fengsel

Til fengsel : 8110Oslo fengsel

Fra dato: 01.01.2007

Til dato : 31.12.2007

Skrevet ut av: Einar Bakkevig

FengselHendelse	Dom	Varefekt	Sikr./forv.	Andre	Totalt
8110 Oslo fengsel					
JOUR UIF OROS Innskrenkning/Utelukking fra fellesskap mm./Utelukket for å oppretth. ro,	93	21	0	0	114
Totalt Oslo fengsel	93	21	0	0	114
Sum region Ø	93	21	0	0	114

§ 37 e

HENDELSER/JOURNALER

Insattkategori: Alle



09.04.201 09:22

Fra fengsel: 8110 Oslo fengsel

Til fengsel : 8110Oslo fengsel

Fra dato: 01.01.2007

Til dato : 31.12.2007

Skrevet ut av: Einar Bakkevig

Fengsel Hendinge

8110 Oslo fengsel

JOUR UIF ISØN Innskrenkning/Utelukking fra fellesskap mm./Utelukket dersom innsatte s

Totalt Oslo fengsel

Sum region Ø

	Dom	Varetekt	Sikr./forv.	Andre	Totalt
JOUR UIF ISØN Innskrenkning/Utelukking fra fellesskap mm./Utelukket dersom innsatte s	2	0	0	0	2
Totalt Oslo fengsel	2	0	0	0	2
Sum region Ø	2	0	0	0	2

Dersom innsatte selv ønsker det §37, 8. ledd



Kriminalomsorgen
Ringerike fengsel

Nora Hallen
Akersveien 24 d)
0177 Oslo

Deres ref:

Vår ref:
08/731-2 MR. 602

Dato:
08.04.2008

HEL UTELUKKELSE I MEDHOLD AV STRAFFEGJENNOMFØRINGSLOVEN § 37 FØRSTE LEDD –

Under henvisning til telefaks fra Dem den 07.04.08, kan følgende opplyses:

Antall vedtak om hel utelukkelse i medhold av § 37,1.ledd i 2007 og varighet

1 dag: 15 vedtak (inkl. også deler av en dag)

2 dager: 5 vedtak

3 dager: 4 vedtak

4 dager: 9 vedtak

5 dager: 3 vedtak

6 dager: 2 vedtak

7 dager: 3 vedtak

10 dager: 1 vedtak

11 dager: 2 vedtak

13 dager: 1 vedtak

15 dager: 1 vedtak

26 dager: 1 vedtak

46 dager: 1 vedtak

Det er fattet 48-49 vedtak om hel utelukkelse fra fellesskapet med medinnsatte i medhold av § 37, 1.ledd. Enkelte innsatte har vært helt utelukket i medhold av § 37 flere ganger.

Hvilke vilkår i hjemmelen som er grunnlag for vedtaket: I hovedsak § 37, første ledd bokstav e). Noen av vedtakene er også hjemlet i de øvrige grunnlagene i § 37 første ledd.


Marit Rossehaug
underdirektør

Kriminalomsorgen region sør

Postadresse:
Postboks 40
3533 Tyrstrand

Besøksadresse:
Justisveien 30

Telefon: 32 11 34 00
Telefaks: 32 11 35 90
Org.nr: 976 733 754

Saksbehandler:
Marit Rossehaug
E-post:
ringerike.fengsel@kriminalomsorgen.no